

LA RESPONSABILITE DES JURIDICTIONS SUPREMES DANS LE RENVOI PREJUDICIEL :

WITH GREAT(ER) POWER, (AT LAST) COMES GREAT RESPONSIBILITY ?

François-Vivien GUIOT

Docteur en droit public

Université de Bordeaux - CRDEI

SOMMAIRE

I. – LA RESPONSABILISATION DES JURIDICTIONS SUPREMES DANS L'APPRECIATION DE L'OBLIGATION DE RENVOI : PREMISSE DE LA COOPERATION JURIDICTIONNELLE**A. – LA MARGE D'APPRECIATION DES JURIDICTIONS SUPREMES DANS LE DECLenchement DU RENVOI PREJUDICIEL EN INTERPRETATION****B. – LE PERIMETRE DE LA RESPONSABILISATION DES JURIDICTIONS SUPREMES DANS LE DECLenchement DES MECANISMES DE COOPERATION JURIDICTIONNELLE****II. – LA RESPONSABILITE DES JURIDICTIONS SUPREMES DANS LA VIOLATION DE L'OBLIGATION DE RENVOI : SUCCEdANE DU DROIT AU JUGE****A. – LES CONSEQUENCES DE L'IDENTIFICATION D'UNE VIOLATION SUBSTANTIELLE DE L'OBLIGATION DE RENVOI DANS LE SYSTEME DE L'UNION****B. – LE CARACTERE COMPLEMENTAIRE DE L'IDENTIFICATION D'UNE VIOLATION FORMELLE DANS LE SYSTEME DE LA CEDH**

Deux arrêts rendus le 9 septembre 2015¹ ont donné l'occasion à la Cour de justice de l'Union européenne de revenir sur sa doctrine en matière de coopération juridictionnelle. Loin d'introduire un bouleversement jurisprudentiel, la position adoptée par la deuxième chambre semble à première vue reposer sur une application des principes antérieurement dégagés à propos de l'obligation de renvoi préjudiciel qui s'impose, au besoin d'office², lorsque se pose devant une juridiction suprême une question d'interprétation du droit de l'Union³. La Cour rappela ainsi les trois hypothèses qui, depuis la jurisprudence *Cilfit*⁴, dégagent une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de son obligation de renvoi⁵. Pourtant, l'avocat général Nils Wahl, qui concluait sous l'affaire *X et T. A. van Dijk*, souligna à titre introductif qu'après « plus d'un demi-siècle, la procédure préjudicielle continue de surprendre »⁶. Ce caractère surprenant ne réside pas seulement dans son originalité inséparable des

¹ CJUE, 9 septembre 2015, *X. c. Inspecteur van Rijksbelastingdienst*, aff. C-72/14, et *T. A. van Dijk c. Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-197/14, EU:C:2015:564 ; CJUE, 9 septembre 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e.a. c. Portugal*, aff. C-160/14, EU:C:2015:565.

² CJUE, 15 janvier 2013, *Jozeph Križan e.a.*, aff. C-416/10, EU:C:2013:8, pt. 73.

³ Obligation qui constitue au regard de sa finalité « l'un des principes fondamentaux et des plus caractéristiques, [...] presque un principe structural, de l'ordre juridique communautaire » (conclusions A. TIZZANO sur CJCE, 4 juin 2002, *Kenny Roland Lyckeskog*, aff. C-99/00, EU:C:2002:108, pt. 64).

⁴ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, aff. 283/81, EU:C:1982:335.

⁵ Selon une présentation synthétique récemment adoptée, « une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question de droit de l'Union se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition du droit de l'Union en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (CJUE, 18 octobre 2011, *Boxus e.a. c. Région Wallonne*, aff. C-128/09 e.a., EU:C:2011:667, pt. 31 ; CJUE, 1^{er} octobre 2015, *AIFA et Ministero della Salute c. Doc Generici Srl*, aff. C-452/14, EU:C:2015:644, pt. 43).

⁶ Conclusions N. WAHL du 13 mai 2015 sur CJUE, 9 septembre 2015, *X. c. Inspecteur van Rijksbelastingdienst*, aff. C-72/14, et *T. A. van Dijk c. Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-197/14, EU:C:2015:319, pt. 1.

caractéristiques du droit de l'intégration⁷, elle résulte aussi de la capacité du « contentieux de l'interrogation »⁸ à soulever encore des questions nouvelles, non pas seulement sur le fond du droit mais également sur le contenu des règles procédurales qui entourent son utilisation. Dans les espèces sous commentaire, les précisions apportées par la Cour de justice reviennent ainsi sur la situation des juridictions suprêmes⁹ au sein du mécanisme de coopération juridictionnelle. Si l'on a pu écrire que, par l'affaire *X. et T. A. van Dijk*, elle confirme, « sans grande surprise, sa volonté de laisser une certaine liberté aux juridictions nationales »¹⁰, deux éléments significatifs poussent à nuancer l'impression de « déjà vu ».

Tout d'abord, et même si l'on sait que la technique des références jurisprudentielles mise en œuvre par la juridiction européenne n'est pas exempte de critiques¹¹, il paraît difficile de ne pas tenir compte des évolutions dans la transcription des considérants de principe. Or, la motivation présentée dans l'affaire précitée est dépouillée d'une exigence posée par la jurisprudence *Cilfit* quant aux conditions d'application de la théorie de l'acte clair. A la lumière des conclusions de l'avocat général Nils Wahl, il semble bien qu'il faille tenir cette absence pour significative : elle traduirait un allègement des conditions théoriquement imposées à toute juridiction statuant en dernier ressort qui voudrait se départir d'une obligation de renvoi. Sans être révolutionnaire, la décision de la Cour reposerait donc sur une responsabilisation accrue des juridictions suprêmes, juges de droit commun du droit de l'Union.

Ensuite, la simultanéité des deux arrêts rendus le 9 septembre par la deuxième chambre impose d'en faire une lecture combinée, laquelle laisse à penser que la marge d'appréciation ainsi reconnue au juge national a un coût : celui de l'affirmation réitérée, et même explicitée en l'occurrence, de sa responsabilité en cas d'appréciation erronée de son obligation de renvoi. La supervision opérée par la Cour de justice sur l'interprétation du droit de l'Union se déplacerait ainsi vers un examen *ex post* des pratiques internes, en délaissant le terrain de la psalmodiation d'une obligation quasi-absolue. Elle passerait d'un attachement à des principes dont le respect est invérifiable à l'affirmation d'un régime de responsabilité – et même dans une large mesure d'auto-responsabilisation – en cas d'inexécution dommageable du renvoi préjudiciel.

Sur le fond, le litige à l'origine du renvoi dans l'affaire *X. et T. A. van Dijk* soulève une question de conflit de lois relative à la sécurité sociale des bateliers rhénans. Il s'agissait de déterminer en vertu du règlement n° 1408/71¹², d'une part, quel était l'État compétent pour assurer les prestations de sécurité sociale et recevoir les cotisations afférentes et, d'autre part, quelles étaient les conséquences à tirer de l'obtention d'un certificat E101 auprès de l'institution d'un premier État membre par l'administration d'un autre État, lorsque cette délivrance était contraire au droit de l'Union. Ces questions de droit matériel mettaient en jeu le principe de reconnaissance mutuelle qui,

⁷ Ainsi Pierre PESCATORE n'hésite pas à présenter la procédure préjudicielle comme « un élément sacro-saint de l'héritage juridique européen » (« Preliminary Rulings – Evolution of the System », in *50th Anniversary of the Court of Justice of the European Communities. Conference on Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, Office des publications, Luxembourg, 2003, p. 29).

⁸ H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *AJDA*, 1983, p. 157.

⁹ La première mention des Cours suprêmes, comme sujet spécifique de l'obligation de renvoi, fut opérée dans l'affaire *Parfums Christian Dior* (CJCE, 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, aff. C-337/95, EU:C:1997:517, pt. 27), avant d'être réitérée dans les arrêts *Lyckeskog* (préc., pt. 15) et *Intermodal Transports* (CJCE, 15 juin 2005, aff. C-495/03, EU:C:2005:552, pt. 30). Pour un examen de la notion, voir *infra* §I.B.

¹⁰ E. DANIEL, *Europe*, 2015, n° 11, comm. 417.

¹¹ L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, n°4, p. 643-676.

¹² Règlement 1408/71/CEE du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, qui renvoie par l'effet d'une clause de déconnexion à l'accord concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans, signé à Genève le 30 novembre 1979.

loin de toujours faire preuve de l'automatisme que la Cour de justice prétend parfois lui attacher, peut impliquer un contrôle mutuel des différentes autorités des États membres concernés par une situation de circulation¹³. L'arrêt rendu illustre cette situation qui aboutit, en contradiction avec le principe de territorialité du droit public¹⁴, à l'élargissement du champ de compétence des juridictions nationales à l'égard de la validité d'une décision prise sous la juridiction d'un autre État membre. En effet, selon une jurisprudence antérieure de la Cour de justice¹⁵, un certificat E101 émis par un État membre devrait bénéficier d'une présomption de régularité de l'affiliation des travailleurs à son régime de sécurité sociale et s'imposer aux autorités d'un autre État membre tant qu'il n'a pas été retiré ou déclaré invalide par une autorité compétente de l'État d'émission. En l'espèce, la Cour semble différencier dans l'application de la reconnaissance mutuelle la situation d'un acte matériellement inexact, mais pris sur le fondement d'une compétence communautaire, de celle d'un acte pris de manière erronée sur le fondement d'une disposition communautaire inapplicable. Dans ce dernier cas l'acte initial est comme inexistant¹⁶.

Il en résulte que l'opposabilité, au nom de la primauté du droit de l'Union, d'un acte adopté par un autre État membre est conditionnée au fait que l'autorité qui en est à l'origine puisse effectivement se revendiquer d'une habilitation valide au regard du droit de l'Union. Du point de vue des pouvoirs de l'autorité de l'État requis, la solution de la Cour semble impliquer qu'elle peut contrôler la compétence de l'État émetteur, mais qu'elle ne peut au-delà contrôler la validité de la décision de l'autorité émettrice d'un certificat s'agissant des conditions de fond et de procédure. Si l'on compare la situation du certificat E101 au contrôle des « visas Schengen » dans lequel la matérialité des faits à l'origine d'une inscription au SIS peut être contestée ou encore au caractère difficilement contestable d'une demande d'extradition dans le cadre du mandat d'arrêt européen¹⁷, ces solutions à contenu variable quant aux effets du principe de reconnaissance mutuelle induisent une incertitude, quant à la circulation des actes de puissance publique au sein du marché intérieur ou de l'ELSJ, qui est susceptible de porter préjudice aux citoyens européens¹⁸. Il serait souhaitable de voir advenir un régime unifié du principe de reconnaissance mutuelle, quel que soit le champ de son application, ou à tout le moins que la juridiction de l'Union prenne soin d'explicitier si le principe de confiance légitime est susceptible de protéger l'individu dans une telle situation. Elle s'est en l'occurrence contentée dans sa motivation, après avoir constaté que le certificat délivré par les autorités luxembourgeoises ne pouvait bénéficier de la présomption applicable à ceux délivrés dans le cadre de l'habilitation

¹³ Tel est le cas selon la jurisprudence du Conseil d'État en matière de « visa Schengen » (voir par exemple, CE, 9 juin 1999, *M. et Mme Forabosco*, req. n° 190384, *Rec.* 170 ; et pour un commentaire, M. GAUTIER, « Le dispositif Schengen, vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, Paris, 2004, p. 69-82).

¹⁴ Sur l'impact de la construction européenne sur ce principe, voir L. LEBON, *La territorialité et l'Union européenne. Approches de droit public*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 726 p.

¹⁵ CJCE, 10 février 2000, *Fitzwilliam Executive Search Ltd*, aff. C-202/97, EU:C:2000:75, pt. 53 (voir, dans le même sens, CJCE, 26 janvier 2006, *Herbosch Kiere*, aff. C-2/05, EU:C:2006:69, pt. 32). Cette solution, qui se limite toutefois à la détermination de la législation applicable au titre d'une affiliation – à l'exclusion des certificats délivrés afin de déterminer les droits résultant de la législation d'un autre État membre (voir à cet égard, CJUE, 12 février 2015, *Theodora Hendrika Bouman c. Rijksdienst voor Pensioenen*, aff. C-114/13, EU:C:2015:81, pt. 25-27), s'appuie sur la finalité même de ce type de certificat qui « vise [...] à faciliter la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services », et elle évite ainsi qu'il soit porté « atteinte au principe de l'affiliation des travailleurs salariés à un seul régime de sécurité sociale » (Arrêt *Fitzwilliam Executive Search Ltd* préc., pt. 48 et 54). En cas de désaccord, les institutions de l'État d'accueil doivent solliciter l'État d'émission afin qu'il réexamine, conformément au principe de coopération loyale, la situation des travailleurs au regard des règles applicables. Il peut également être demandé à la commission administrative d'intervenir afin de tenter une conciliation, avant de mettre en œuvre un recours ultime consistant en la saisine par l'État membre d'accueil de la Cour de justice sur le fondement de la procédure en constatation de manquement.

¹⁶ Conclusions N. WAHL sur l'arrêt X. et T. A. van Dijk préc., pt 38.

¹⁷ CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, EU:C:2013:107.

¹⁸ A la difficulté de saisir le fonctionnement des règles applicables en vertu du droit de l'Union aux situations de circulation vient désormais s'ajouter le risque de subir les conséquences de leur appréciation erronée par une autorité nationale.

conférée par le règlement, de préciser de manière quelque peu énigmatique que cela « ne signifie pas pour autant que ledit certificat soit dépourvu de tout effet juridique »¹⁹.

Quant à l'arrêt *Ferreira da Silva e Brito*, on notera simplement qu'il était en cause l'interprétation par le Tribunal suprême de justice portugais de la notion de « transfert d'établissement »²⁰. Ce dernier avait considéré, malgré des solutions divergentes adoptées tant par les juridictions nationales inférieures que par celles des autres États membres, que l'interprétation des dispositions européennes pertinentes ne soulevait au regard de la jurisprudence de la Cour de justice « aucun doute pertinent ». Il avait en conséquence écarté la demande de renvoi préjudiciel formée dans le cadre d'un litige initié par les anciens salariés d'une filiale de la TAP dissoute par la société-mère. Alors que la compagnie aérienne s'était progressivement substituée aux activités de l'entité disparue, le Tribunal avait ainsi refusé de considérer comme illicite le licenciement collectif dont furent victimes les requérants, en jugeant que la notion de transfert d'entreprise n'impliquait pas uniquement que l'activité commerciale soit « simplement poursuivie », mais également que l'identité de l'entreprise soit conservée. Les anciens salariés déboutés, critiquant une solution rendue par la juridiction de cassation sans renvoi préjudiciel, formèrent un recours en responsabilité contre l'État portugais devant les chambres civiles de Lisbonne. C'est afin d'établir, conformément à la législation applicable, si la décision du Tribunal était manifestement illégale, que la juridiction lisboète a donc cette fois-ci saisi la Cour de justice. Sur le fond du droit, cette dernière a remis en cause l'appréciation du Tribunal à partir d'une analyse différente des circonstances factuelles et considéré que le critère tenant à l'identité de l'entreprise était en l'espèce satisfait²¹.

S'agissant du régime de la procédure préjudicielle, les décisions de renvoi auxquelles répondent les deux arrêts du 9 septembre 2015 posent une série de questions relatives aux conditions dans lesquelles les juridictions suprêmes doivent déclencher le mécanisme de coopération juridictionnelle et aux conséquences de leur méconnaissance.

En premier lieu, la Cour de justice devait déterminer si l'exercice d'un renvoi préjudiciel par une juridiction inférieure était de nature à remettre en cause l'application antérieure de la théorie de l'acte clair par une juridiction supérieure, de telle sorte que cette dernière serait tenue en cas de contentieux ultérieur à cette saisine préjudicielle d'attendre la réponse de la Cour de justice, voire de la saisir elle-même. L'adoption d'une décision de renvoi par une juridiction subordonnée peut en effet faire douter du bien-fondé de la position initiale de la juridiction suprême, par laquelle celle-ci avait écarté l'obligation de renvoi qui s'impose en principe à elle en vertu de l'article 267 TFUE. L'affaire *X. et T. A. van Dijk* donne ainsi l'occasion à la juridiction de l'Union de préciser la lecture qu'elle fait de cette disposition et la portée de sa jurisprudence *Cilfit*²². En outre, elle met en cause la hiérarchie²³ au sein des ordres de juridiction internes²⁴, et l'on sait à cet égard que le renvoi préjudiciel a de longue date permis une

¹⁹ Pt. 50 de l'arrêt *X. et T. A. van Dijk* préc. Faut-il y voir une invitation à destination des autres États membres de prendre en considération l'affiliation préalable de la personne bénéficiaire du certificat dans un premier État membre ? La prise en considération permettrait, malgré l'inapplication de la loi étrangère, de tenir compte des conséquences sur la situation de la personne concernée de son application dans l'ordre juridique étranger.

²⁰ Relevant de l'article 1^{er}, §1, de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

²¹ Arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc., pt. 35. Voir à ce sujet, J. CAVALLINI, « Transfert d'entreprise entre une société mère et sa filiale », *JCP S*, 2015, n° 47, 1422.

²² Arrêt *Cilfit* préc.

²³ S'agissant des solutions pratiquées dans l'ordre juridictionnel administratif français, voir B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Paris, septembre 2014, §201.

²⁴ L'avocat général N. WAHL rappelle à juste titre qu'une « juridiction demeure libre de poser une question préjudicielle en dépit de la jurisprudence d'une juridiction supérieure » (pt. 16 des conclusions. Voir en ce sens, CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 166/73, EU:C:1974:3, pt. 4-5 ; CJUE,

contestation par les juridictions internes des positions tenues par celles qui leur sont supérieures. Une fois n'est pas coutume, l'interprétation fournie par la Cour de justice de l'article 267 TFUE s'avère pourtant respectueuse du principe hiérarchique. Elle décide en effet qu'une « juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours n'est tenue ni de saisir la Cour de justice de l'Union européenne au seul motif qu'une juridiction nationale de rang inférieur a, dans une affaire semblable à celle dont elle est saisie et portant sur exactement la même problématique, posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ni d'attendre la réponse apportée à cette question »²⁵.

En second lieu, la saisine préjudicielle effectuée par la juridiction portugaise devait permettre d'établir si, compte tenu de la diversité des interprétations juridictionnelles retenues quant à la notion de « transfert d'entreprise », le Tribunal était tenu de saisir la Cour de justice. Elle avait également pour objet de faire préciser si les principes applicables en matière de responsabilité pour les dommages causés par la violation du droit de l'Union par une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours s'opposent « à une législation nationale qui requiert l'annulation de la décision dommageable rendue par cette juridiction, alors qu'une telle annulation est, en pratique, exclue »²⁶. Le caractère presque candide de la question ne doit pas méprendre : c'est bien une confirmation de son pouvoir de juridiction que le juge *a quo* requiert auprès de la Cour de justice avant de sanctionner la décision rendue par le Tribunal suprême de justice en écartant les dispositions restrictives prévues par le droit interne. On retrouve donc ici encore la dimension subversive du renvoi préjudiciel à l'égard de l'organisation des ordres de juridiction. Et force est de constater que, dans cette espèce, la Cour de justice encourage effectivement le juge *a quo* à mettre en œuvre les compétences attachées à son office de juge de droit commun du droit de l'Union. Elle conclut tout d'abord que le Tribunal suprême de justice aurait dû, dans les circonstances de l'espèce, former une question préjudicielle en interprétation. Une fois ce préalable établi, elle ajoute conséquemment qu'en vertu du principe d'effectivité la responsabilité de l'État peut être mise en cause par la juridiction de renvoi sans que la décision de justice contestée n'ait été annulée au préalable²⁷.

Il se dégage des réponses données par la juridiction de l'Union l'impression que le statut des juridictions suprêmes fait l'objet d'un traitement particulier, qui se traduit par un double mouvement autour de l'affirmation d'une responsabilité accrue dans l'application correcte du droit de l'Union. Si en raison d'une forme de responsabilisation, celles-ci bénéficient de la reconnaissance d'une marge de manœuvre dans l'appréciation de leur obligation de renvoi, qui leur permet de prendre part à l'interprétation du droit de l'Union(I), elles voient l'engagement de leur responsabilité contrebalancer l'autonomie ainsi acquise en cas de violation avérée de l'interprétation retenue par la Cour de justice²⁸ (II). Les arrêts du 9 septembre 2015 pourraient en ce sens marquer

5 octobre 2010, *Georgi Ivanov Elchinov c. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, aff. C-173/09, EU:C:2010:581, pt. 27). Sur l'utilisation du renvoi préjudiciel destinée à contourner les hiérarchies juridictionnelles internes, voir T. VON DANWITZ, « Le dialogue de juge à juge », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 722-723.

²⁵ Arrêt X. et T. A. van Dijk préc., pt. 63.

²⁶ Arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc., pt. 46.

²⁷ Arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc., pt. 45 et 59-60.

²⁸ En ce sens, Jérémie VAN MEERBEECK observe, à propos de la seconde affaire, que « la Cour de justice ne se privera manifestement pas de vérifier » l'appréciation souveraine effectuée par les juridictions suprêmes du risque de divergence dans l'application du droit de l'Union (« Affaire "Ferreira" : le renvoi préjudiciel des juridictions suprêmes en cas d'acte clair », *JDE*, 2015, p. 400).

un « progrès »²⁹ du système juridictionnel intégré de l'Union, à condition toutefois que cette contrepartie gagne – enfin – en effectivité.

I. – LA RESPONSABILISATION DES JURIDICTIONS SUPREMES DANS L'APPRECIATION DE L'OBLIGATION DE RENVOI : PREMISSE DE LA COOPERATION JURIDICTIONNELLE

Dans le processus d'établissement de cette coopération, la portée de l'obligation de renvoi en interprétation imposée aux cours suprêmes et aux juridictions statuant en dernier ressort a constitué une pierre d'achoppement. Le Conseil d'État français a rapidement fait du droit communautaire le « domaine d'élection »³⁰ de la théorie de l'acte clair, antérieurement développée afin d'éviter de renvoyer au Ministère des affaires étrangères l'interprétation des conventions internationales³¹. Les jurisprudences *Société des pétroles Shell-Berre e.a.*, *Cohn-Bendit*, et *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*³² ont en effet montré à suffisance le potentiel d'émancipation et d'indépendance que le juge interne pouvait trouver dans l'invocation de la clarté de l'acte en cause³³. Ainsi, face à la pluralité d'interprétations possibles, le juge administratif n'hésitait pas à « prendre pour un fait établi ce qui reste encore à établir »³⁴ et à trancher par lui-même la question de droit communautaire³⁵ – fût-ce dans un sens opposé à celui adopté par le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions, ou, pire encore, par la Cour de justice³⁶. Alors que « l'attitude du Conseil d'État a parfois justifié l'accusation d'abus de la théorie de l'acte clair »³⁷, voire peut-être moins légitimement de « nationalisme outrancier, poussant à l'obstruction »³⁸, l'on sait que la Cour de justice – sans doute soucieuse de préserver une diplomatie juridictionnelle indispensable à l'existence d'une coopération qu'elle entendait promouvoir³⁹ – a toutefois adopté une attitude conciliante, en reconnaissant la possibilité d'échapper à une « coopération imposée »⁴⁰ dans le cadre strictement délimité⁴¹ par son arrêt *Cilfit*.

²⁹ « Progrès », si l'on admet que celui-ci « n'est pas ici dans l'augmentation du nombre des renvois mais dans sa réduction qui mesurerait le développement réel d'une intégration effective » (J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », *Etudes de droits des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, Paris, 1984, p. 31).

³⁰ B. SEILLER, *op. cit.*, §76.

³¹ Voir pour l'arrêt de principe en ce domaine, CE, Ass., 1^{er} juillet 1938, *Sieur Jabien-Dudognon*, *Rec.* 607 ; et plus largement sur les origines de la théorie de l'acte clair, G. LEBRUN, *Office du juge administratif et questions préjudicielles : recherche sur la situation de juge a quo*, thèse, Bordeaux, 2014, p. 166 et s.

³² CE, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre e.a.*, *Rec.* 344 (C. A. COLLIARD, « L'obscur clarté de l'article 37 du traité de la C.E.E. », *D.*, 1964, p. 191) ; CE, 22 octobre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, *Rec.* 524 ; CE, Ass., 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, *AJDA*, 1980, p. 95. Pour un cas plus récent, voir CE, 27 janvier 2010, *Hospices civils de Lyon et centre hospitalier universitaire de Besançon*, *Rec.* 5 (A. BOUVERESSE, « Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union », *RTDE*, 2010, p. 977-979).

³³ Henri LABAYLE attire également l'attention, à partir d'exemples précis, sur l'usage par le Conseil d'État de l'exception admise par la jurisprudence *Da Costa* (CJCE, 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62, EU:C:1963:6) en cas de précédent. Il estime que la largesse dont fait preuve le juge administratif dans l'interprétation des réponses fournies par la Cour de justice est même davantage critiquable que son emploi de la théorie de l'acte clair (*op. cit.*, p. 163).

³⁴ Conclusions B. GENEVOIS sur CE, Ass., 27 juillet 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, *AJDA*, 1979, p. 42.

³⁵ Le juge administratif résout en effet régulièrement des questions de droit européen, que ce soit en matière d'appréciation de validité du droit de l'Union (CE, 6 décembre 2012, *Société Air Algérie*, *Rec.* 398) ou d'interprétation (CE, 5 mars 2014, *Société Lidl SNC*, req. n° 361779).

³⁶ Tel était respectivement le cas dans les arrêts préc. *Société des pétroles Shell-Berre* et *Cohn-Bendit*.

³⁷ B. SEILLER, *op. cit.*, §76.

³⁸ H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *AJDA*, 1983, p. 155.

³⁹ Voir, en ce sens, K. LENAERTS, « La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel. Observations sous l'arrêt *CILFIT* », *CDE*, 1983, n° 3, p. 495.

⁴⁰ J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 123 et 186.

⁴¹ Encadrement tellement strict, qu'il a pu être écrit que « cette théorie est en réalité vidée de son contenu et que l'obligation de saisine reste intacte » : G. VANDERSANDEN, « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », in M. DONY et A. DE WALSCHE (dir.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 638.

Depuis 1982, les juridictions dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'un recours sont effectivement libérées de l'obligation de poser, au besoin d'office⁴², une question préjudicielle en interprétation dans trois situations distinctes⁴³, à savoir celle dans laquelle la question de droit de l'Union soulevée par l'une des parties n'est pas pertinente pour la résolution du litige pendant⁴⁴; celle de l'« acte éclairé », dans laquelle la jurisprudence de la Cour permet de lever l'incertitude en ce qu'elle a déjà tranché une question similaire⁴⁵; et, enfin, celle de l'« acte clair ». Dans cette dernière configuration, la juridiction nationale est exemptée de l'obligation de renvoi si « l'application correcte du droit communautaire » s'impose « avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »⁴⁶.

Cette évidence reste toutefois soumise en vertu de la jurisprudence *Cilfit* à une double condition. D'une part, l'appréciation doit être effectuée par le juge interne au regard des caractéristiques propres du droit de l'Union, c'est-à-dire en tenant compte du pluralisme linguistique, de l'existence d'une terminologie propre et des méthodes d'interprétation spécifiques au droit de l'Union. D'autre part, au terme d'une exigence « horizontale » ou « comparatiste », le juge *a quo* doit s'assurer que la même solution « s'imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice »⁴⁷.

C'est sur ce dernier point que, malgré l'apparente continuité des solutions jurisprudentielles, les arrêts du 9 septembre 2015 semblent traduire une évolution significative. En partant du principe qu'« il appartient à la seule juridiction nationale d'apprécier si l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »⁴⁸ – appréciation qu'elle doit effectuer de « manière indépendante »⁴⁹ –, la Cour en vient à consacrer formellement une marge d'appréciation revendiquée en pratique par de nombreuses juridictions suprêmes (A). Or, la subjectivisation du critère tenant à l'absence de doute raisonnable est de nature à ouvrir de nouvelles perspectives en ce qu'elle traduit un changement de politique

⁴² Arrêt *Jozeph Križan e.a.* préc., pt. 73.

⁴³ Les juridictions libérées de leur obligation de renvoi conservent cependant une totale liberté à cet égard (CJCE, 25 mai 1983, *Frutticoltori Associati Cuneesi*, aff. C-197/91, EU:C:1993:204, pt. 12).

⁴⁴ L'obligation de renvoi des juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours est en ce sens subordonnée à l'effet utile de la question préjudicielle, et elle s'incline en conséquence lorsque la solution du litige n'est pas liée à la résolution de la question d'interprétation. L'interprétation doit donc être « nécessaire » à la résolution du litige (CJCE, 12 juin 2008, *Gourmet*, aff. C-458/06, EU:C:2008:338, pt. 19). Selon la Cour, c'est au juge interne qu'il revient d'apprécier la pertinence de la question (CJCE, 29 novembre 1979, *Pigs Marketing Board c. Redmond*, aff. 83/78, EU:C:1978:214, pt. 25; CJCE, 14 février 1980, *Damiani*, aff. 53/79, EU:C:1980:44, pt. 5), et toute question préjudicielle bénéficie d'une « présomption de pertinence », qui ne saurait être remise en cause que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée n'est pas nécessaire (M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH, *Contentieux européen*, Tome I, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 405; voir en dernier lieu, CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, aff. C-62/14, EU:C:2015:400, pt. 25).

⁴⁵ Cette dérogation instaurée par l'arrêt *Da Costa* préc. (spé. p. 76) est rappelée systématiquement par la Cour de justice depuis lors (voir par exemple, l'arrêt *Parfums Christian Dior* préc., pt. 29). Ses conditions ont même été assouplies. Initialement, la Cour écartait l'obligation de renvoi dans la situation où « la question soulevée [devant le juge interne] est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue ». Avec l'arrêt *Cilfit* (préc., pt. 14), elle admet que peut être invoquée une « jurisprudence établie de la Cour résolvant le point de droit en cause, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige ». Plus simplement encore, dans l'affaire *Intermodal transports* (préc., pt. 33), elle se contente de ce que « la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ». On peut donc considérer aujourd'hui que l'application de la technique de l'« acte éclairé » n'implique pas « une stricte correspondance entre ce précédent et la question que doit trancher la juridiction en cause en dernière instance » (M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *RTDE*, 2010, n°4, p. 863).

⁴⁶ Arrêt *Cilfit* préc., pt. 16.

⁴⁷ Arrêt *Cilfit* préc., pt. 16 et 17.

⁴⁸ Arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc., pt. 40.

⁴⁹ Arrêt *X. et T. A. van Dijk* préc., pt. 59 : selon une formulation inédite, « il appartient aux seules juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne d'apprécier, sous leur propre responsabilité et de manière indépendante, si elles sont en présence d'un acte clair ».

jurisprudentielle⁵⁰ dans le contrôle de la coopération juridictionnelle. Il est donc nécessaire d'essayer d'en évaluer l'exacte portée, en déterminant quelles sont les juridictions ainsi habilitées et ce que cette habilitation les autorise à faire (B).

A. – LA MARGE D'APPRECIATION DES JURIDICTIONS SUPREMES DANS LE DECLENCHEMENT DU RENVOI PREJUDICIEL EN INTERPRETATION

In claris non fit interpretatio. Certes, mais la théorie de l'acte clair est-elle si claire⁵¹ ? Pour Nils Wahl, dans le respect des critères établis par la juridiction de l'Union pour définir la dérogation à l'obligation de renvoi en interprétation, « l'on trouvera au mieux autant de cas de figure d'un “véritable” acte clair que l'on risque de rencontrer de licorne »⁵². Il y a dans cette assertion une vérité qui est très certainement à l'origine d'une rénovation de la doctrine de la Cour en matière de coopération juridictionnelle (1). La solution adoptée par la Cour témoigne de l'impossibilité d'appliquer strictement une théorie de l'acte clair dont la formulation originelle impliquait l'ineffectivité congénitale⁵³. La modification du système poursuivie se répercute ainsi sur l'exigence comparatiste avec l'abandon d'une définition objective de la condition tenant à l'évidence quant à l'interprétation exacte des dispositions du droit de l'Union (2).

1. L'impossibilité d'objectiver les conditions d'application de la théorie de l'acte clair pourrait être expliquée par les enseignements de la théorie du droit qui démontrent l'impossibilité d'objectiver l'acte interprétatif, et l'inexorabilité de l'activité interprétative dans toute opération d'application d'une règle de droit⁵⁴. Mais pour en rester à une analyse pratique, la technique de la question préjudicielle suffit à mettre en lumière l'ambivalence au cœur de la théorie de l'acte clair. En principe, celle-ci est destinée à éviter au juge du fond de déférer l'activité d'interprétation à une tierce juridiction dans les hypothèses où aucune interprétation n'est supposée nécessaire pour l'application d'une règle de droit. Or, comme le montrent les deux affaires dont la Cour était saisie, la question de savoir si une telle interprétation est nécessaire est elle-même une question d'interprétation, susceptible de recevoir des solutions différentes par des juridictions différentes⁵⁵. Se découvre ainsi un processus récursif d'indétermination, et seul le principe hiérarchique semble pouvoir clore le débat sur l'existence ou non d'une signification évidente ne laissant aucun doute subsister dans l'application du droit. L'existence d'une situation où une question préjudicielle doit être posée par une juridiction nationale est donc un problème qui ne peut être résolu que par l'argument d'autorité.

⁵⁰ La subjectivisation ne saurait être qualifiée de revirement de jurisprudence, si on l'entend comme « l'abandon d'une solution judiciaire en vue de l'adoption d'une solution sinon contraire, du moins tout à fait différente » (M. WATHELET, « Le revirement à la Cour de justice de l'Union européenne », in E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 93). Elle pourrait cependant constituer un « revirement de politique jurisprudentielle » touchant aux « principes régulateurs de la répartition des compétences » dans le système juridictionnel de l'Union (B. BERTRAND, « Les revirements de politique jurisprudentielle », *ibid.*, p. 119).

⁵¹ Pour une critique de la théorie de l'acte clair, voir P. PESCATORE, « L'interprétation du droit communautaire et la doctrine de l'“acte clair” », in *Etudes de droit communautaire européen*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 49-72.

⁵² Conclusions sur l'arrêt X. et T. A. van Dijk préc., pt. 62.

⁵³ Certains auteurs ont ainsi vu dans l'arrêt *Cilfit* préc., une décision par laquelle la Cour avait « rejeté cette théorie et aurait en réalité, par une “manœuvre tactique”, réduit à une peau de chagrin la marge d'appréciation des juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours de droit interne » (conclusions C. STIX-HACKL du 12 avril 2005 sur l'arrêt *Intermodal Transports* préc., pt. 83) : voir en ce sens, G. BEBR, « The Rambling Ghost of “Cohn-Bendit” : Acte Clair and the Court of Justice », *CMLR*, 1983, n° 20, p. 466 et 4741 ; ainsi que G. F. MANCINI et D. T. KEELING, « From CILFIT to ERT : the Constitutional Challenge facing the European Court », *Y.E.L.*, 1991, Vol. 11, p. 3)

⁵⁴ Voir en ce sens, conclusions C. STIX-HACKL préc., pt. 100 et 101, ainsi que note 55.

⁵⁵ Comme l'avait déjà signalé l'avocat général F. CAPOTORTI (conclusions sur l'arrêt *Cilfit* préc., pt. 4), « [l]a question de savoir si une règle est “claire” est, en effet, déjà le résultat d'une interprétation, de sorte que le principe latin précité “*in claris non fit interpretatio*” est fondé sur une pétition de principe » (conclusions C. STIX-HACKL préc., pt. 87).

Dès lors, il faut identifier cette autorité capable de trancher cette question et se demander s'il serait possible de reconnaître au juge interne la capacité de le faire. N'est-ce pas à la juridiction de l'Union, interprète authentique du droit de l'Union, de déterminer s'il y a ou non lieu d'interpréter la règle juridique applicable⁵⁶ ? D'ailleurs, dans le cadre de la coopération juridictionnelle, « [c]e doute sous-entendu par l'article 267 TFUE est le critère de répartition des compétences entre la Cour et le juge national »⁵⁷. Comme pour toute question de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, on pouvait donc penser que seul le juge de l'Union devait être habilité à mettre en œuvre ce critère de répartition des compétences.

La Cour opère cependant une distinction, classique en matière préjudicielle, entre interprétation et application du droit⁵⁸ : si elle entend encadrer la seconde par l'exercice de la première⁵⁹, elle réserve la compétence du juge *a quo* dans la vérification du critère ainsi défini. Il en résulte une ambiguïté qui n'est pas nouvelle, et à la suite de l'arrêt *Cilfit*, certains affirmaient que la Cour avait « reconnu [au juge *a quo*] une compétence – aussi restreinte fût-elle – à se prononcer sur des questions d'interprétation »⁶⁰. Il relevait en effet déjà clairement de l'office du juge interne de s'assurer que la question soulevée devant lui était, d'une part, nécessaire à la résolution du litige pendant, et, d'autre part, pertinente. Avec les arrêts du 9 septembre 2015, la Cour de justice va plus loin : elle laisse une entière responsabilité aux juridictions suprêmes dans l'appréciation des conditions de mise en œuvre de la coopération juridictionnelle en considérant que la nécessité de l'interprétation du droit de l'Union par son interprète authentique, c'est-à-dire l'existence d'un doute ou d'une difficulté sérieuse soulevée par l'application du droit de l'Union⁶¹, constitue également une question relevant de l'office du juge national.

⁵⁶ Conclusions C. STIX-HACKL préc., pt. 105: « L'“exactitude” d'une interprétation qu'une de ces juridictions nationales pourrait défendre comme ne laissant place à “aucun doute” ne pourrait, en définitive, résulter avec conviction que d'un éventuel arrêt de la Cour ».

⁵⁷ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2014, p. 54.

⁵⁸ Elle réitère, au moment de sa mise en œuvre, un argument qui est déjà à l'origine de la construction théorique de la théorie de l'acte clair. La distinction entre l'application qui relève du juge interne et l'interprétation qui relève de la juridiction de l'Union est en effet déjà sollicitée pour expliquer que certaines situations ne font pas naître de « question » : ainsi, pour l'avocat général M. LAGRANGE, chaque fois que « le texte est parfaitement clair, il n'y a pas lieu à interprétation, mais à application » (conclusions sur l'arrêt *Da Costa* préc., *Rec. spé.* 88-89). Or, en donnant compétence au juge interne pour appliquer la théorie de l'acte clair, la Cour de justice lui donne, implicitement mais nécessairement, compétence pour vérifier l'existence d'une question, c'est-à-dire pour vérifier le besoin d'une interprétation et donc pour effectuer en première intention cette interprétation. Ce qu'elle lui refuse, c'est seulement le pouvoir de constater une pluralité d'interprétations et de résoudre celle-ci par l'exercice de sa *jurisdictio* : si dans une certaine mesure le juge interne est donc compétent pour effectuer une opération sémantique, en principe il n'est pas habilité à déterminer avec l'autorité de la chose jugée la signification des normes (perçues comme) indéterminées (voir, en ce sens, M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *op. cit.*, p. 866). La jurisprudence du Conseil d'État témoigne toutefois d'une volonté de se reconnaître un pouvoir d'interprétation concurrent (voir par exemple, pour un renvoi écarté au nom du délai de procédure et l'exercice subséquent d'un choix interprétatif : CE, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr e.a.*, *Rec.* 201).

⁵⁹ La Cour de justice continue en ce sens d'affirmer le cadre théorique, déduit de l'article 267 TFUE, dans lequel le juge national peut exercer sa marge d'appréciation : arrêt *X. et. T. A. van Dijk* préc., *spé.* pt. 55 ; et arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc., *spé.* pt. 38.

⁶⁰ Conclusions C. STIX-HACKL préc., pt. 86. L'avocat général affirme en ce sens que, dans l'arrêt *Cilfit*, « la Cour n'a donc pas tracé une frontière entre les actes communautaires qui nécessitent une interprétation et ceux qui n'en exigent aucune, mais elle a bien plutôt permis dans une certaine mesure aux juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours de droit interne d'interpréter le droit communautaire “sous [leur] propre responsabilité” » (pt. 89).

⁶¹ Pour une analyse comparée de la notion de « difficulté sérieuse » employée par le juge administratif français et celle de « doute sérieux » mentionnée par le juge de l'Union, voir C. VOCANSON, *op. cit.*, p. 52-61. Il est possible de penser que l'emploi de cette formule témoigne d'une réception libérale de la doctrine validée par la Cour de justice, dont il est déduit la reconnaissance d'une « marge de manœuvre » (voir H. KANNINEN, « Rapport général », *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes*, 18^{ème} colloque de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, 2002, p. 22 ; M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *op. cit.*, p. 866-867).

Pour comprendre cette liberté désormais laissée au juge national par la Cour de justice, il faut nécessairement recourir à la théorie de la délégation de compétence : c'est uniquement parce qu'il est juge de droit commun de l'Union⁶² que le juge interne peut exercer, au moins en première intention, cette fonction interprétative⁶³. Il lui est en ce sens reconnu une marge d'appréciation dans la mise en œuvre de la procédure de coopération juridictionnelle⁶⁴, qui ne porte plus seulement sur la constatation d'un lien entre le litige pendant et le droit de l'Union, mais se répercute sur l'étendue de l'obligation de renvoi elle-même⁶⁵. Un tel empiètement sur l'office du juge *ad quem*⁶⁶ pouvait-il véritablement être évité ? Même dans le cadre plus strict instauré par la jurisprudence *Cilfit*, il n'est pas certain que la rhétorique de la Cour soit parvenue à neutraliser une liberté revendiquée par les juridictions nationales. L'échappatoire trouvée dans la décision *X. et T. A. van Dijk* vient de la translation du problème : s'il est impossible d'identifier et d'imposer *a priori* des critères absolus, il vaudrait alors mieux développer un examen *ex post* et concret des solutions adoptées par les juridictions nationales.

2. Ce renoncement se manifeste dans la motivation de l'arrêt *X. et T. A. Van Dijk* par un allègement sensible des exigences posées lors de la définition du critère tenant à l'évidence de l'interprétation. La définition des conditions de vérification de l'absence de doute semble en effet bien moins contraignante que dans la jurisprudence *Cilfit*.

Certes, les notions d'« évidence » et de « doute raisonnable », au cœur de la conception de l'acte clair retenue en 1982, ne constituaient pas l'objet direct de la question préjudicielle, et elles ne sont pas non plus abordées en tant que telles dans les motifs de l'arrêt. En effet, ce qui est visé c'est l'impact, sur l'appréciation d'une juridiction suprême qui considère applicable la théorie de l'acte clair, d'une décision divergente adoptée par une juridiction inférieure : dans une telle situation, est-elle « tenue, par voie de conséquence, de nourrir elle aussi des doutes », ou du moins lui est-il interdit d'« assumer la responsabilité de répondre elle-même à une question de droit de l'Union »⁶⁷ ? Pourtant, comme le montrent les conclusions de l'avocat général, l'interprétation des conditions posées par la jurisprudence *Cilfit* restait déterminante dans la résolution de cette question. Il revenait ainsi à la Cour de justice de préciser si la manifestation d'une opposition dans l'exercice de la *jurisdictio*, au sein d'un même ordre de juridiction, était en soi contraire aux principes de l'acte clair, c'est-à-dire à l'idée d'évidence et d'absence de doute.

⁶² C'est bien à la lumière de « leur qualité de juges chargés de l'application du droit de l'Union », que la Cour a défini la portée de l'obligation de renvoi (arrêt *X. et T. A. van Dijk* préc., pt. 54). Voir pour une analyse concordante, C. VOCANSON, *op. cit.*, p. 60.

⁶³ Il faut souligner, au regard de cette compétence du juge interne, les spécificités de la procédure de coopération au regard d'un mécanisme interprétatif qui se présente comme préjudiciel : « la compétence du juge communautaire étant nécessairement d'attribution, elle implique l'existence d'une compétence naturelle ou de droit commun » du juge national, qui est « inhérente à l'applicabilité directe ». Ainsi, contrairement au principe même de la technique préjudicielle, ce n'est pas l'incompétence matérielle du juge au principal vis-à-vis d'une question secondaire qui justifie le renvoi à un juge *ad quem*, mais « l'exigence d'uniformité dans l'application de ce droit impliquée par la notion même, sinon de Communauté, du moins de marché commun » (J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », *Etudes de droits des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, Paris, 1984, p. 25-26). A la différence de Jean BOULOUIS, il nous semble que cette analyse est de nature générale et s'applique donc aussi en matière de validité : l'obligation de renvoi du juge du fond ne tient pas à l'origine ou au contenu de la règle de droit, elle se fonde sur l'« objet » ou la « nature » (ce que reconnaît d'ailleurs l'auteur : *ibid.* p. 29) de l'opération impliquée dans l'application de cette règle de droit. L'obligation découle donc non de son incompétence, mais du pouvoir – limité – du juge national (voir en ce sens, H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 157-158).

⁶⁴ C. VOCANSON, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁵ E. NEFRAMI, « Le rôle du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel : une marge d'appréciation ? », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 27 et s.

⁶⁶ Voir en ce sens, G. BEBR, *op. cit.*, p. 439.

⁶⁷ Conclusions N. WAHL préc., pt. 65.

L'une des exigences établies par la Cour de justice dans l'arrêt *Cilfit*⁶⁸, et rappelée en l'espèce, semblait contredire le principe même de l'application de la théorie de l'acte clair dans l'espèce pendante⁶⁹ : si la clarté de la règle « doit être évaluée en fonction [...] du risque de divergence de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté »⁷⁰, comment considérer qu'une juridiction suprême peut être libérée de l'obligation de renvoi, dès lors qu'une juridiction, certes inférieure, estime qu'un problème d'interprétation se pose et qu'il n'a pas été résolu de manière certaine par la jurisprudence⁷¹ ?

Une situation similaire avait déjà fait l'objet d'une prise de position de la Cour de justice favorable aux juridictions suprêmes. En effet, dès 2005, la Cour avait adopté dans l'affaire *Intermodal Transports* « une approche plus pragmatique »⁷² de l'obligation de renvoi, en acceptant d'en libérer une juridiction interne malgré une divergence d'interprétation entre cette dernière et une autorité administrative étrangère. Mais dans la mesure où seul l'un des protagonistes était réputé dire le droit, la solution adoptée en 2005 n'impliquait pas encore l'abandon de la conception orthodoxe de l'acte clair⁷³.

Ce pas est au contraire franchi dans l'arrêt du 9 septembre 2015. L'avocat général propose pour ce faire de relire la jurisprudence *Cilfit*, et de voir les conditions retenues non comme un ensemble de critères objectifs et absolus, mais plutôt comme les éléments d'une « boîte à outils » à la disposition du juge interne, et il considère ainsi qu'il lui faut les appliquer avec « bon sens »⁷⁴. En conséquence, il relativise l'exigence tenant à l'évidence et l'absence de doute raisonnable : ce n'est qu'« à titre personnel » écrit-il, que le juge suprême doit considérer que l'interprétation du droit de l'Union s'impose non seulement à lui, mais aussi aux juridictions des autres États membres ainsi qu'à la Cour de justice. En d'autres termes, il aurait simplement à être convaincu que l'évidence s'impose aux autres acteurs juridictionnels comme à lui⁷⁵, sans avoir à vérifier qu'elle s'impose effectivement et

⁶⁸ Arrêt *Cilfit* préc., pt. 21.

⁶⁹ Jacques PERTEK considère en ce sens que « l'existence d'interprétations divergentes de deux ou plusieurs juridictions d'autres États membres [...] ou le renvoi opéré sur le même point par une juridiction nationale » constituent « pour le moins des contre-indications » pour le juge qui serait tenté d'invoquer la théorie de l'acte clair (*op. cit.*, p. 199-200). Il semble à cet égard que certaines juridictions nationales supérieures avaient pris l'habitude de censurer les décisions prises par des instances inférieures sur le fondement de la théorie de l'acte clair, dès lors que sur des problématiques similaires des questions préjudicielles avaient été transmises à la Cour de justice et étaient encore pendantes (H. KANNINEN, *op. cit.*, p. 22-23, et pour une illustration *Bundesverfassungsgericht*, 27 juillet 2004, 1 BvR 1270/04, NVwZ 2004. 1346).

⁷⁰ Arrêt *X. et T. A. van Dijk*, pt. 55.

⁷¹ Et il faut bien reconnaître que si le *Hoge Raad der Nederlanden* avait déjà écarté la présomption de validité d'un certificat E101 délivré dans des conditions analogues à celles de l'espèce, et qu'il n'avait pas de doute raisonnable sur l'applicabilité de cette solution, la portée du principe de reconnaissance mutuelle était pourtant loin d'être évidente. Il est tout à fait significatif à cet égard que le juge *ad quem* ait consacré des développements plus longs à la question de droit matériel qu'à celle portant sur les obligations de procédure.

⁷² M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *op. cit.*, p. 868.

⁷³ *Id.* : les auteurs observent en ce sens qu'au nom de la jurisprudence *Cilfit*, « il ne peut pas être exigé d'une juridiction statuant en dernier ressort qu'elle s'assure que la question est tout aussi évidente pour des entités d'une nature non juridictionnelle ».

⁷⁴ Conclusions N. WAHL préc., pt. 67. En faveur également d'une « approche pratique [...] qui allie discernement et bon sens » dans le fonctionnement de la procédure préjudicielle, voir T. VON DANWITZ, « Le dialogue de juge à juge », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), Liber amicorum Vassiolios Skouris*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 714.

⁷⁵ A cet égard, il n'est pas rare qu'une juridiction statuant en dernier ressort considère qu'une juridiction inférieure a « clairement eu tort » (selon l'expression de Lord Walker) dans son interprétation du droit de l'Union (voir, pour des exemples, M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *op. cit.*, p. 874, note 39 ; ainsi que voir *House of Lords*, 25 novembre 2009, *The office of Fair Trading v. Abbey National plc e.a.*, UKSC 6, §49.V). Une appréciation différente peut, notamment, être portée sur la décision de la juridiction supérieure, selon qu'elle se fonde sur une jurisprudence de la Cour de justice – ultérieure ou méconnue par le juge inférieur – ou qu'elle n'invoque aucun élément d'appréciation nouveau. Si dans le premier cas, elle fait simplement une application de la doctrine de l'« acte éclairé », dans le second cas on pouvait jusqu'alors penser qu'elle se livrait à une mise en œuvre excessivement libérale de l'adage *in claris non fit interpretatio*.

sans avoir à tenir compte des divergences qui ont pu se manifester. C'est donc uniquement sur l'intime conviction du juge suprême que reposerait la mise en œuvre de la théorie de l'acte clair⁷⁶.

Si telle est bien la compréhension correcte de la motivation quelque peu laconique de la Cour sur ce point, l'on ne manquera pas de se demander ce qui reste alors du second élément de la condition instaurée par l'arrêt *Cilfit*, et qui avait déjà fait l'objet de demandes d'assouplissements des juridictions de renvoi⁷⁷. A l'égard de ce critère « comparatiste », la Cour se limite ici⁷⁸ à rappeler que le juge suprême est dégagé de son obligation de renvoi si « l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable », sans préciser – comme ce fut le cas dans les arrêts de principe antérieurs – que ce degré d'évidence « s'imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice »⁷⁹. Il y aurait en effet quelque contradiction à maintenir une condition « horizontale », par nature « objective »⁸⁰, une fois celle-ci subjectivée... C'est sûrement la raison pour laquelle la Cour se contente en l'occurrence de rappeler que la juridiction suprême doit évaluer l'absence de doute raisonnable en fonction « du risque de divergence à l'intérieur de l'Union »⁸¹.

Malgré l'apparence de la continuité, il est donc permis de penser, d'une part, que l'arrêt *X. et T. A. van Dijk* constitue bien un arrêt de principe et, d'autre part, que derrière une rigueur moindre dans la formulation de la théorie de l'acte clair, c'est bien une logique de neutralisation⁸² de ladite théorie qui est abandonnée. Ainsi après avoir considéré qu'il ne saurait être exigé d'une juridiction statuant en dernier ressort qu'elle s'assure que l'évidence dans l'interprétation de l'Union « s'impose à des organes de nature non juridictionnelle tels que des autorités administratives » dans l'affaire *Intermodal*, la Cour de justice concède en l'espèce qu'une divergence constatée au sein d'un même ordre de juridiction ne prévient pas non plus l'application de la théorie de l'acte

⁷⁶ Voir *contra* en faveur d'une approche objective fondée sur l'existence ou non de divergences d'interprétation jurisprudentielles : M. BROBERG et N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., Oxford, 2014, p. 240-246.

⁷⁷ Dans l'affaire *Lyckeskog*, alors que la juridiction de renvoi proposait de réviser la « condition énoncée dans l'arrêt *CILFIT* e.a. pour en prôner une version plus limitée [...], plus "subjective", car fondée sur la simple conviction du juge national d'être en mesure de résoudre une question lui-même, pour autant qu'elle ne présente pas de difficulté d'interprétation et que sa solution soit "claire" » (conclusions A. TIZZANO sur l'arrêt *Lyckeskog* préc., pt. 62 – révision que l'avocat général écartait au motif qu'elle introduirait « de manière tout à fait arbitraire, d'importants éléments d'insécurité et de subjectivité, et donc de confusion, dans l'application de cette disposition » [pt. 63]), la Cour de justice s'était contentée de considérer que les décisions du juge *a quo* étaient susceptibles de recours pour la dispenser de toute obligation de renvoi (pt. 20 et 21 de l'arrêt préc.).

⁷⁸ Malgré une critique appuyée de l'avocat général (pt. 93 et s.) à l'égard de l'exigence « comparatiste », la Cour de justice va en effet maintenir dans son arrêt *Intermodal Transports* le principe d'une analyse horizontale dans l'application de la théorie de l'acte clair. Pour une démonstration du caractère intenable de la démarche ainsi requise, voir P. J. WATTEL, « *Köbler, Cilfit and Weltgove : We Can't Go on Meeting Like This* », *CML Rev.*, 2004, n°41, p. 177-179.

⁷⁹ Voir l'arrêt *Cilfit* préc. pt. 16 ; et *Intermodal Transports*, préc., pt. 39. Bien qu'elle ne fut pas reprise par la Cour, cette formulation développée de la condition tenant à l'absence de doute fut également reprise par l'avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMER dans ses conclusions rendues sur l'arrêt *Gaston Schul*, pt. 48. La doctrine fait ainsi toujours état de l'obligation « comparatiste » (voir pour des illustrations : M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *op. cit.*, p. 865 ; J. DUPONT-LASSALLE, Observations sous l'arrêt *Cilfit*, in C. BOUTAYEB (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2014, p. 399 ; F. FINES, « Question en interprétation. Modulation de l'obligation de renvoi. Juridictions nationales dont les décisions sont insusceptibles de recours », in *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 7^{ème} éd., Paris, 2014, p. 886 ; K. LENAERTS, I. MASELIS, et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 99 ; J. PERTEK, *op. cit.*, p. 199 ; et G. VANDERSANDEN, *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 123).

⁸⁰ Conclusions C. STIX-HACKL préc. sur l'arrêt *Intermodal Transports*, pt. 92.

⁸¹ Pt. 55 de l'arrêt. Voir déjà les arrêts préc. *Cilfit*, pt. 21 ; *Intermodal Transports*, pt. 33 ; et *Gaston Schul*, pt. 48.

⁸² H. RASMUSSEN, « The European Court's *Acte Clair* Strategy in C.I.L.F.I.T. Or : *Acte Clair*, of course! But what does it mean? », *ELR*, 1984, n° 9, p. 242-243 ; et conclusions J. MAZAK sur CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Selim Abdeli*, aff. C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:319, note 31.

clair⁸³. La condition tenant au fait que l'absence de doute doit être partagée par les autres juridictions des États membres semble donc abandonnée⁸⁴.

Si depuis la « constitutionnalisation » jurisprudentielle de l'Union dans les années 60, il est admis que « la procédure du recours préjudiciel constitue un “*federalizing device*” dans l'ordre juridique de l'Union »⁸⁵, cette nouvelle jurisprudence constitue à n'en pas douter une étape supplémentaire dans la décentralisation du système juridictionnel explicitée dans l'article 19§1, al. 2 TUE. Elle relève en effet pleinement de ce mouvement dans lequel « une importance plus grande [est] accordée au rôle des (plus hautes) juridictions nationales »⁸⁶. La confiance ainsi témoignée à l'endroit des juridictions suprêmes nationales se traduit par une compétence maintenue, même lorsqu'est établie l'existence objective d'interprétations juridictionnelles divergentes⁸⁷. Dans sa motivation, la Cour de justice prévient cependant que si « la circonstance qu'une juridiction de rang inférieur a posé une question préjudicielle [...] ne saurait, à elle seule, empêcher la juridiction nationale suprême de conclure [...] qu'elle est en présence d'un acte clair »⁸⁸, le juge suprême doit évidemment « intégrer dans son examen la circonstance qu'une juridiction de rang inférieur a posé une question préjudicielle ».

B. – LE PERIMETRE DE LA RESPONSABILISATION DES JURIDICTIONS SUPRÊMES DANS LE DECLENCHEMENT DES MÉCANISMES DE COOPÉRATION JURIDICTIONNELLE

Pour mesurer pleinement la portée de cette nouvelle jurisprudence, encore faut-il évaluer le périmètre de la responsabilisation ainsi opérée au profit des juridictions nationales. Cela suppose d'examiner le champ d'application personnel de la marge d'appréciation reconnue en matière d'obligation de renvoi, mais aussi d'essayer d'envisager les hypothèses dans lesquelles pourra être mise en œuvre cette nouvelle compétence du juge *ad quo*. Il s'agit ainsi de s'intéresser, d'une part, aux bénéficiaires de ce mouvement de responsabilisation (1), et, d'autre part, à son étendue (2).

1. Le champ d'application de l'obligation posée par l'article 267, al. 3 TFUE a été défini par rapport à la finalité du renvoi préjudiciel en interprétation. « Principe structural »⁸⁹ du système juridictionnel de l'Union, cette obligation est justifiée par la juridiction de l'Union en ces termes : « le système instauré par [le traité] en vue d'assurer l'unité de l'interprétation du droit communautaire dans les États membres institue une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales »⁹⁰, dans laquelle les juridictions sont destinées « dans l'ordre de leurs compétences propres [...] à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres »⁹¹. L'interprétation

⁸³ Arrêt *X. et T. A. van Dijk* préc., pt. 61 : l'existence d'une divergence avec une autorité juridictionnelle subordonnée, qui aura sur une question similaire effectué un renvoi préjudiciel, n'impose pas non plus à la juridiction suprême d'attendre que la Cour de justice ait répondu à la question posée.

⁸⁴ Comme l'observait Catherine STIX-HACKL, la condition tenant à ce que « la “même évidence” [s'impose] “pour les juridictions des autres États membres” est contredite, du moins en principe, lorsque la juridiction nationale statuant en dernier ressort dispose effectivement d'une interprétation préconisée par une telle *juridiction* qui va à l'encontre de l'interprétation qu'elle préconise elle-même » (conclusions préc., pt. 113).

⁸⁵ T. VON DANWITZ, « Le dialogue de juge à juge », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015), Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 714.

⁸⁶ Conclusions N. WAHL préc., pt. 62.

⁸⁷ Cette participation à l'interprétation du droit de l'Union est d'ailleurs encouragée par le Parlement européen, qui estimait dans une résolution adoptée en 2008 que les juridictions nationales devaient « participer plus étroitement » au travail de la Cour de justice et « se voir confier davantage de responsabilités » dans le système décentralisé de l'Union (Résolution sur le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen, 9 juillet 2008, *JOUE* du 3 décembre 2009, C 294E/27).

⁸⁸ Arrêt *X. et T. A. van Dijk* préc., pt. 60.

⁸⁹ Conclusions A. TIZZANO sur l'arrêt *Lyckeskog* préc., pt. 64.

⁹⁰ CJCE, 12 février 2008, *Willy Kemper KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-2/06, EU:C:2008:78, pt. 41.

⁹¹ CJCE, 1^{er} décembre 1965, *Firma c. Schwarze*, EU:C:1965:117 (p. 1094 du *Rec.*).

de l'obligation de renvoi doit ainsi permettre « de prévenir que s'établisse dans un État membre une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire »⁹².

C'est donc l'appréciation par la Cour de justice des conditions dans lesquelles une jurisprudence est susceptible de se former qui a été déterminante : elle explique que l'obligation de renvoi s'impose, conformément au traité, à « toute juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel », mais au-delà et plus spécifiquement aux « Cours suprêmes ». En effet, la jurisprudence a adjoint aux dispositions de l'article 267 TFUE, qui reposent uniquement sur la situation procédurale du litige⁹³, un critère hiérarchique alternatif.

La finalité du mécanisme préjudiciel milite donc, afin d'éviter la formation de « décisions ayant force de chose jugée menant à une application divergente du droit communautaire », pour l'adoption d'une conception large de la « jurisprudence »⁹⁴. L'arrêt *Lyckeskog*⁹⁵ illustre parfaitement l'emploi d'un « critère fonctionnel »⁹⁶ en matière d'interprétation : alors que selon l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, la Cour devait dans cette affaire choisir « [entre] la théorie organique ou celle du litige concret »⁹⁷, elle a privilégié une approche cumulative, intégrative⁹⁸ et systémique⁹⁹. Ainsi, si l'obligation de renvoi s'impose à « tout juge statuant par voie d'une décision définitive, indépendamment de sa position dans la hiérarchie de l'ordre judiciaire national »¹⁰⁰, il est également nécessaire que la juridiction placée au sommet de la hiérarchie soit soumise à l'obligation même lorsque sa décision n'est pas de nature à clore définitivement un litige.

Il résulte de cette approche que deux « sous-ensemble[s] de] juridictions [...] se trouvent en position de coopération imposée »¹⁰¹ : celles dont les décisions sont inattaquables en raison de leur position dans la hiérarchie juridictionnelle et qui chapeautent l'ordre juridictionnel national, et celles dont les décisions sont rendues dans certaines circonstances en dernière instance et qui sont à la terminaison d'une affaire contentieuse¹⁰². Reste que, à l'image de l'affaire *Lyckeskog* dans laquelle furent évaluées les possibilités de recours à la disposition des individus

⁹² Arrêt *Lyckeskog* préc., pt. 14.

⁹³ J. PERTEK, *op. cit.*, p. 188 : « C'est donc le régime de la décision à intervenir qui importe ; on doit entendre, plus finement, qu'il s'agit d'envisager la décision à prendre dans l'affaire qui est spécifiquement concernée, et dans le contexte procédural de cette affaire ».

⁹⁴ Conception que l'on retrouve aussi bien dans le champ de l'ex-article 68 TCE (CJCE, 25 juin 2009, *Roda Golf & Beach Resort SL*, aff. C-14/08, EU:C:2009:395), ou dans celui du contentieux relatif à l'application de la Convention de Bruxelles (CJCE, 5 février 2004, *DFDS Torline*, aff. C-18/02, EU:C:2004:74).

⁹⁵ La Cour souligne en effet, pour étayer son argumentation, que « [l]es parties conservent en toute hypothèse le droit de former un recours » contre la décision rendue par la juridiction d'appel (pt. 17 de l'arrêt *Lyckeskog* préc.).

⁹⁶ G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, p. 121 ; C. NAÔMÉ, *op. cit.*, p. 39-40

⁹⁷ Conclusions D. RUIZ-JARABO COLOMER sur CJCE, 25 juin 2009, *Roda Golf & Beach Resort SL*, aff. C-14/08, EU:C:2009:395, pt. 33.

⁹⁸ Ainsi, observe Francis JACOBS, il convient que la Cour soit saisie et à cette fin « la nature de la procédure dans laquelle la décision préjudicielle est sollicitée n'a peut-être pas d'importance » (conclusions sur CJCE, 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, aff. C-337/95, EU:C:1997:517, pt. 28).

⁹⁹ A l'image de l'appréciation portée par la Cour de justice sur le respect des principes d'équivalence et d'effectivité en matière d'autonomie procédurale (voir par exemple, CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, EU:C:2007:163, pt.47), l'avocat général A. TIZZANO considère, s'agissant de la finalité de la coopération juridictionnelle, que « cette collaboration, même si elle se déroule normalement dans le cadre d'une relation entre la Cour et un seul juge de renvoi, implique en réalité l'ensemble de la structure judiciaire nationale, en tant que système cohérent et organisé et à tous ses niveaux. [...] ce qui compte, c'est moins de procéder à un exercice abstrait de définition de la nature de la juridiction concernée que de vérifier si et comment, en tenant compte de la globalité du système juridictionnel en cause, celui-ci permet de garantir le respect des objectifs de l'article 234 CE » (conclusions sur l'arrêt *Lyckeskog* préc., pt. 42).

¹⁰⁰ Conclusions A. TIZZANO sur l'arrêt *Lyckeskog* préc., pt. 32 (voir déjà en ce sens, CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, EU:C:1964:66, spé. p. 1158 du *Rec.*).

¹⁰¹ J. PERTEK, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰² Voir, par exemple, l'arrêt *Costa c. Enel* préc. : la décision du juge en cause ne pouvait en l'espèce faire l'objet ni d'un appel, ni d'un pourvoi en raison de la modicité de l'enjeu financier.

face à une procédure restrictive de filtrage¹⁰³, l'appartenance à l'une de ces deux catégories n'est pas toujours évidente.

A cet égard, la notion de « juridiction suprême » retenue par la Cour de justice est déterminante pour évaluer la portée de la responsabilisation du juge national dans la procédure préjudicielle. Introduite par la jurisprudence *Parfums Christian Dior*¹⁰⁴ à propos de la procédure ouverte devant la Cour de justice Benelux, elle permet dès l'origine d'élargir le périmètre de l'obligation de renvoi, en y incluant des hypothèses où le juge ne clôt pas définitivement un litige, mais participe à sa résolution en déterminant l'interprétation des règles de droit qui doit s'imposer. Dans de telles situations, il découle de l'approche fonctionnelle qu'au sein d'une même procédure deux juridictions peuvent être considérées comme statuant « en dernier ressort ». Cette situation, où l'obligation s'impose tant au juge national qu'à une instance juridictionnelle supranationale, pourrait aujourd'hui trouver une résonance particulière dans l'avis 2/13¹⁰⁵.

Plus fréquemment, la notion de « juridictions suprêmes » a été sollicitée pour analyser la position des juridictions qui, saisies sur pourvoi, ne constituent pas un nouveau degré de juridiction, de sorte que ce sont les décisions dont elles sont saisies qui sont au sens strict rendues en dernière instance. Conformément au texte de l'article 267 TFUE, la Cour considère toutefois que la possibilité de former un pourvoi, fût-il limité aux questions de droit, dégage le juge statuant en dernière instance de l'obligation de renvoi¹⁰⁶. Cette approche est cohérente au regard du rôle que les juridictions suprêmes jouent dans les systèmes nationaux. En outre, comme l'a montré l'affaire *Lyckeskog*, l'existence de mécanismes de filtre ne remet pas nécessairement en cause cette solution : dès lors que la juridiction suprême entend écarter le pourvoi, c'est la décision d'admission qui sera considérée comme une décision qui n'est pas susceptible de recours¹⁰⁷. En conséquence, si une question d'interprétation du droit de l'Union se pose devant elle, que ce soit pour apprécier la recevabilité du pourvoi ou le bien-fondé de la décision rendue au fond par la juridiction inférieure, la juridiction suprême reste tenue de poser une question préjudicielle ou d'admettre l'examen au fond de l'affaire afin d'assurer le respect de l'obligation de transmission¹⁰⁸.

Une limite pourrait être rencontrée lorsque le mécanisme de filtrage est exercé non plus par une juridiction supérieure, mais par celle qui a rendu la décision contestée. L'on peut penser que l'organe opérant le filtrage ne satisfait pas aux exigences d'impartialité dans l'examen de l'obligation de renvoi, alors qu'il a lui-même considéré qu'il pouvait statuer au fond sans exercer son droit de saisir la Cour de justice d'une question d'interprétation. Il serait donc préférable que la juridiction de l'Union place les organes juridictionnels statuant en dernier ressort, et

¹⁰³ Cette approche témoigne d'une perméabilité du raisonnement du juge européen aux intérêts subjectifs qui peuvent être prégnants au sein du renvoi préjudiciel. En ce sens, pour l'avocat général F. CAPOTORTI, puisque le renvoi préjudiciel en interprétation participe à la « protection uniforme des droits que l'ordre juridique communautaire crée en faveur des particuliers, il [est] juste de considérer que les juges de tout niveau sont obligés au renvoi préjudiciel dans le cadre de toute procédure menant nécessairement à une décision définitive » (conclusions sur CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche*, aff. 107/76, EU:C:1977:89, pt. 4).

¹⁰⁴ Arrêt *Parfums Christian Dior* préc., pt. 27.

¹⁰⁵ CJUE, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/13, EU:C:2014:2454, pt. 188.

¹⁰⁶ CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, EU:C:2008:723, pt. 77.

¹⁰⁷ Arrêt *Lyckeskog* préc., pt. 16. La Cour résout ainsi une question qui avait été soulevée par les juridictions administratives et qui n'avait pas encore de réponse (H. KANNINEN, *op. cit.*, p. 13).

¹⁰⁸ Arrêt *Lyckeskog* préc., pt. 18 (voir également pt. 43 et 44 des conclusions : l'avocat général semble admettre la compatibilité d'un système dans lequel à défaut d'exercer elle-même ce renvoi préjudiciel, la Cour suprême renverrait à la juridiction dont la décision est contestée le soin de poser une question préjudicielle. Cette solution qui s'explique par la perspective systémique adoptée, interroge cependant au regard de la jurisprudence *Simmenthal* [CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, EU:C:1978:49]).

exerçant eux-mêmes le tri des recours recevables, en situation de responsabilité au moment où elles tranchent le litige au fond¹⁰⁹.

Il devrait en aller de même pour les recours extraordinaires, comme les procédures de réexamen, qui sont formés devant le juge ayant rendu l'arrêt contesté. L'affaire *Ferreira da Silva e Brito* offre à ce sujet un élément de réflexion déterminant. En l'espèce, l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de la justice était subordonné par le droit interne à l'annulation préalable de la décision incriminée. Or, il est ressorti des débats que « les hypothèses dans lesquelles des décisions du *Supremo Tribunal de Justiça* sont susceptibles de faire l'objet d'un réexamen sont extrêmement limitées »¹¹⁰, ce qui a été regardé comme incompatible avec le principe d'effectivité. Sous l'angle de la coopération juridictionnelle, cette appréciation paraît impliquer que, dans de telles circonstances, l'existence d'une possibilité de réexamen n'est pas de nature à sortir une juridiction suprême du champ de l'obligation de renvoi.

Par exception, l'intervention d'une juridiction suprême au cours d'une procédure n'implique pas qu'elle se voit attribuer l'obligation de renvoi lorsque celle-ci agit comme juge des référés. Cette approche systémique de l'organisation juridictionnelle nationale s'observe dès l'affaire *Hoffmann-La Roche*¹¹¹. La Cour de justice avait alors posé la règle selon laquelle l'obligation de renvoi ne s'impose pas, eu égard à la finalité du renvoi préjudiciel, dès lors qu'« une procédure ordinaire au fond, permettant le réexamen de toute question de droit tranchée provisoirement dans la procédure sommaire, doit être engagée, soit en toute circonstance, soit lorsque la partie qui a succombé le demande »¹¹². C'est ici la nature provisoire de la décision qui suspend l'impératif de coopération¹¹³. Le principe devrait toutefois être écarté lorsque la procédure de référé n'est pas adossée à un recours principal. Tel est le cas en droit français du référé-liberté inscrit à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Pourtant, en dehors du domaine de la procédure préjudicielle d'urgence¹¹⁴, le juge administratif considère que le délai de 48h dans lequel il doit délibérer s'oppose nécessairement à la formation d'un renvoi préjudiciel en interprétation¹¹⁵. En conséquence, ne sont sanctionnées par ce mécanisme que les incompatibilités manifestes avec le droit de l'Union d'une loi qui constitue la base juridique d'un acte administratif, à moins que l'incompatibilité n'ait déjà été constatée lors d'une procédure au fond ou d'une procédure préjudicielle¹¹⁶. On peut douter de la totale conformité de cette solution aux exigences de la Cour de justice dès lors que l'autonomie procédurale doit s'appliquer dans le respect du principe d'effectivité. Certes, ce sont l'ensemble des facultés procédurales qui doivent être prises en compte, mais l'urgence à l'origine du référé-liberté rend souvent sans effet un recours pour excès de pouvoir une fois le préjudice réalisé.

L'emploi du terme de juridiction suprême dans l'arrêt *X. et T. A. van Dijk* invite enfin à s'interroger sur la possibilité d'inclure les juridictions constitutionnelles dans le champ d'application de la marge de manœuvre désormais reconnue. Si la logique du « critère fonctionnel » milite en cette faveur, il faut concéder qu'aucune décision de la Cour de justice n'a pour l'heure officialisé la soumission des juges constitutionnels à l'obligation

¹⁰⁹ Voir également, J. PERTEK, *op. cit.*, p. 194.

¹¹⁰ Arrêt préc. *Ferreira da Silva e Brito* préc., pt. 52.

¹¹¹ Affaire qui tire son origine dans une procédure sommaire, destinée à demander l'adoption en urgence de mesures conservatoires.

¹¹² CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche*, aff. 107/76, EU:C:1977:89, pt. 5 (solution confirmée par l'arrêt CJCE, 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*, aff. 35/82 et 36/82, EU:C:1982:368, pt. 9).

¹¹³ Voir, l'arrêt *Morson et Jhanjan c. Pays-Bas* préc., pt. 10.

¹¹⁴ CE, Ord., 15 avril 2011, *Yousfia Ziana*, *Rec.* 162.

¹¹⁵ A ce sujet, voir : M. GAUTIER, « Le juge des référés face au droit communautaire », *AJDA*, 2006, p. 2352 ; et C. VOCANSON, *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁶ CE, Ord., 16 juin 2010, *Diakité*, *Rec.* 205 ; CE, Ord., 27 août 2012, *Gisti*, req. n° 361402.

de renvoi. Tout au plus, a-t-elle admis leur qualité de juridiction et donc la faculté qu'elles ont de la saisir d'une question préjudicielle. De telles saisines ont pu être l'œuvre de la Cour d'arbitrage belge, du *Verfassungsgerichtshof* autrichien¹¹⁷, et plus récemment du Tribunal constitutionnel espagnol¹¹⁸, du Conseil constitutionnel¹¹⁹ ou de la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹²⁰. L'affaire *Peter Gauweiler*, dont cette dernière était à l'origine, apporte toutefois des éléments d'information utiles. Premièrement, le fait que la procédure pendante relève d'un contrôle abstrait et *a priori* n'est pas de nature à rendre irrecevable une question préjudicielle¹²¹. La Cour de justice développe ainsi une approche favorable au développement de la coopération juridictionnelle et à l'applicabilité de l'article 267 TFUE. Deuxièmement, lors de l'examen de l'exception d'irrecevabilité, elle considère que la juridiction constitutionnelle est en tant que juge de renvoi dans une situation tout à fait ordinaire, en estimant qu'il lui appartient seule d'« assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, [et] d'apprécier [...] la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement »¹²². L'attitude en l'espèce peu coopérative du juge allemand, qui menaçait d'exercer un contrôle de l'*ultra vires* et d'écarter une réponse insatisfaisante de la Cour de justice, peut expliquer que celle-ci se soit contentée de rappeler le caractère obligatoire de ses décisions préjudicielles¹²³, sans en avoir profité pour clarifier l'existence d'une obligation de renvoi en cas de doute du juge constitutionnel quant à l'interprétation ou à la validité du droit de l'Union.

A l'inverse, la Cour de justice a eu l'occasion d'affirmer explicitement que le fait qu'une décision rendue en dernière instance soit susceptible d'être contestée devant une juridiction constitutionnelle n'est pas de nature à exonérer une juridiction suprême de son obligation de renvoi – que ce recours permette d'obtenir l'annulation d'une décision rendue par une juridiction ordinaire¹²⁴ ou d'une loi contraire aux engagements supranationaux de l'État¹²⁵. Il semble donc que, comme dans l'hypothèse en cause dans l'affaire *Parfums Christian Dior*, il soit opportun d'admettre l'existence d'une obligation de renvoi duale, s'imposant à la fois aux juridictions suprêmes ordinaires dont les décisions sont susceptibles d'un recours constitutionnel, et au juge constitutionnel lorsqu'une question de droit européen se pose directement ou incidemment devant lui. Il bénéficierait alors de la marge de manœuvre reconnue au juge national pour apprécier l'existence d'une difficulté d'interprétation, même si au regard de l'autorité de ses décisions il serait particulièrement tenu de prendre en compte le risque de divergence de jurisprudence au sein de l'Union.

2. Après ces éléments destinés à cerner l'étendue du champ personnel de l'obligation de renvoi et donc du processus de responsabilisation des juridictions suprêmes dans l'usage de la théorie de l'acte clair, il reste encore à évaluer les effets de la marge de manœuvre concédée par la Cour de justice en fonction de l'origine de la divergence d'interprétation.

¹¹⁷ Sur la concrétisation de la coopération juridictionnelle entre la Cour de justice et les cours constitutionnelles, voir : J. PERTEK, *op. cit.*, p. 102-103 ; A. ALEN, « Les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les Cours constitutionnelles des États membres », in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits, utopie ou réalité ?*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 665-713 ; ainsi que D. RITLENG, « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, p. 585-604.

¹¹⁸ Arrêt *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal* préc.

¹¹⁹ CC, 4 avril 2013, *Jeremy F*, n°2013-314P QPC.

¹²⁰ CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, aff. C-62/14, EU:C:2015:400 (voir à ce sujet l'article de F. MARTUCCI, ces *Cahiers*, 2015, n° 2-3).

¹²¹ Arrêt *Peter Gauweiler* préc., pt. 27-29.

¹²² Arrêt *Peter Gauweiler* préc., pt. 24.

¹²³ Arrêt *Peter Gauweiler* préc., pt. 16.

¹²⁴ Arrêt *Jozeph Križan* préc., pt. 72 (sur cet arrêt, voir G. VANDERSEN, *op. cit.*, p. 124-125).

¹²⁵ CJUE, 11 septembre 2014, *A. c. B. e.a.*, aff. C-112/13, EU:C:2014:2195.

Dans cette perspective, on notera tout d'abord qu'il résulte d'un arrêt *AIFA* du 1^{er} octobre 2015¹²⁶ que le juge suprême est tenu d'examiner la position adoptée par les juridictions inférieures avant de conclure à l'absence de doute : sa seule position hiérarchique ne justifie pas qu'il ne fasse aucun cas des interprétations proposées dans les instances inférieures. Dans l'affaire *X. et T.A. van Dijk*, la Cour de justice avait déjà pris soin de préciser qu'« une juridiction suprême d'un État membre doit [...] intégrer dans son examen la circonstance [de l'évidence] qu'une juridiction de rang inférieur a posé une question préjudicielle »¹²⁷. Et si elle semblait avoir adopté une position moins nuancée dans l'affaire *Ferreira da Silva e Brito*, en considérant que « l'existence, à elle seule, de décisions contradictoires rendues par d'autres juridictions nationales ne saurait constituer un élément déterminant », elle avait ajouté que c'est à la condition que « l'interprétation qu[e la juridiction suprême] se propose de donner de ladite disposition, différente de celle à laquelle se sont livrées ces juridictions, s'impose sans aucun doute raisonnable »¹²⁸. Les juridictions suprêmes doivent donc être certaines que les juridictions inférieures avaient « clairement tort »¹²⁹ lorsqu'elles ont écarté l'évidence, ou au contraire certaines qu'elles ont à bon droit écarté tout doute quant à l'interprétation correcte du droit de l'Union¹³⁰. Toute autre hypothèse devant les amener à respecter leur obligation de renvoi. Par ailleurs, la marge de manœuvre ne devrait plus pouvoir être invoquée dès lors que la Commission ouvre une procédure en constatation de manquement. Dans cette situation, la juridiction suprême devrait écarter l'application de la théorie de l'acte clair quelle que soit sa certitude¹³¹. A défaut, il faut considérer, comme l'a fait le *Bundesfinanzhof* allemand¹³², que la responsabilité de l'État doit être engagée en cas de contrariété entre l'interprétation retenue par la juridiction nationale et celle établie en cas de constatation du manquement.

La responsabilisation des juridictions suprêmes pourrait connaître une autre limite tenant à l'étendue de leur autorité. La possibilité d'écarter le doute né d'une divergence de jurisprudence semble en effet conditionnée par l'existence d'un rapport hiérarchique. Dans les États qui connaissent un dualisme de juridiction, il n'est donc pas certain que la solution retenue dans l'arrêt *X. et T.A. van Dijk* s'applique en cas de contradiction de jurisprudences entre les ordres de juridiction, puisque seul un contrôle hiérarchique est *a priori* de nature à garantir la finalité du mécanisme préjudiciel en absence de renvoi à la Cour de justice de l'Union. Le Conseil d'État vient d'ailleurs d'adopter une décision de suspension dans un litige mettant en cause la validité d'une directive européenne, à

¹²⁶ Arrêt *AIFA et Ministero della Salute c. Doc Generici Srl* préc., pt. 26 et 44 : en l'espèce, alors que la juridiction *a quo* s'estime « en présence d'une contradiction objective entre les interprétations du droit de l'Union proposées dans le cadre de la procédure au principal », la Cour considère qu'elle est bien tenue de respecter son obligation de renvoi dès lors que « le litige au principal soulève une question d'interprétation du droit de l'Union qui est pertinente, nouvelle et dont la réponse ne s'impose pas avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la solution ».

¹²⁷ Arrêt *X. et T.A. van Dijk* préc., pt. 60.

¹²⁸ Arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc., pt. 41 et 42.

¹²⁹ Selon l'expression précitée de Lord WALKER. Cette exigence pourrait avoir des répercussions étranges sur la liberté des juridictions suprêmes d'écarter leur propre jurisprudence antérieure dans le cadre de la théorie de l'acte clair. Elles devraient affirmer avoir eu « clairement tort » ou s'appuyer sur le renvoi préjudiciel... De même l'exigence imposée pour écarter la position d'une juridiction inférieure pourrait se répercuter sur la situation où une divergence est exprimée au sein même de la juridiction statuant en dernier ressort au cours du délibéré (que l'opinion dissidente soit exprimée au sein de la formation de jugement, par l'avocat général ou le rapporteur public). Voir sur la diversité des situations que recouvre cette hypothèse, M. BROBERG et N. FENGER, *op. cit.*, p. 872-877 ; et en faveur de l'obligation de renvoi, T. TRIDIMAS, « Knocking on Heaven's Door, Fragmentation, Efficiency, and Defiance in the Preliminary Reference Procedure », *CML Rev.*, 2003, n° 40, p. 42.

¹³⁰ Tel n'était pas le cas dans l'affaire *AIFA et Ministero della Salute c. Doc Generici Srl* préc., où la juridiction suprême qui statuait en dernière instance ressentait des doutes quant à la validité de l'interprétation retenue par une juridiction inférieure au regard de celle proposée dans une communication de la Commission.

¹³¹ M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *op. cit.*, p. 879-880.

¹³² *Bundesfinanzhof*, 14 décembre 2005, XI R 66/03, *DSIRE* 2005, p. 633.

l'égard de laquelle un renvoi préjudiciel en interprétation avait été effectué par le Tribunal de commerce de Paris¹³³. Cette suspension est en l'espèce motivée par le fait que l'intervention de la Cour permettra d'infirmer ou de vérifier l'existence d'un doute quant à sa validité¹³⁴, mais elle pose un principe qui devrait s'appliquer à toute procédure préjudicielle et faire primer l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union sur celle de célérité du procès en écartant la théorie de l'acte clair.

Cette question se prolonge également dans l'hypothèse où la divergence met en cause une juridiction suprême et les juridictions des autres États membres¹³⁵. Dans l'arrêt *Intermodal Transports*, l'interprétation donnée par une autorité administrative d'un autre État membre n'avait pas été considérée comme un obstacle dirimant¹³⁶. L'avocat général Christine Stick-Hackl avait toutefois également envisagé dans ses conclusions une divergence entre les juridictions suprêmes d'États membres différents¹³⁷. Sans chercher à prendre définitivement position sur ce problème, elle avait souligné qu'en principe une telle hypothèse entraînait en contradiction avec la définition de l'évidence retenue par la jurisprudence *Cilfit*. S'appuyant sur l'arrêt *Intermodal Transports*, l'avocat général Juliane Kokott¹³⁸ a pour sa part relevé sans ambiguïté dans l'affaire *Intertanko* l'existence d'une obligation de saisine en cas de divergence d'interprétation entre les juridictions suprêmes des États membres. L'avocat général Nils Wahl propose une analyse concordante dans ses conclusions sur *X. et T. A. van Dijk* : la prise en compte du « risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté » exclurait de pouvoir invoquer dans « le scénario interétatique »¹³⁹ la responsabilité de la juridiction suprême dans la coopération juridictionnelle pour faire jouer la théorie de l'acte clair.

Au regard de la finalité de la procédure préjudicielle, cette solution paraît logique¹⁴⁰. Cependant, elle pose des difficultés procédurales certaines, qui tiennent par exemple à la preuve de la connaissance d'une jurisprudence antérieure contraire, à la compétence pour interpréter celle-ci, ou encore à l'éventuelle obligation du juge interne de s'assurer de l'existence d'une telle jurisprudence. Par ailleurs, on peut penser qu'il serait incongru de faire porter sur une juridiction tierce, et sur des parties qui n'ont pas nécessairement intérêt à voir un renvoi préjudiciel allonger la durée de leur procédure, les conséquences d'une interprétation hâtive, contestable ou erronée produite par le juge suprême d'un autre État membre. Ce qui pourrait justifier là-aussi, une application libérale de la marge de manœuvre si le juge *a quo* considère que la juridiction étrangère a « clairement tort ».

En va-t-il de même lorsque le conflit d'interprétation résulte d'une décision de renvoi adoptée par la juridiction d'un autre État membre ? Deux configurations peuvent être envisagées sous l'angle du principe de coopération

¹³³ CE, 1^{er} octobre 2015, *Société Melitta France e.a.*, req. n°373018 (*AJDA*, 2015, n°33, p. 1836).

¹³⁴ Ainsi, en fonction de la réponse apportée par la Cour de justice, la suspension pourra soit être levée, soit être prolongée jusqu'à ce qu'une question en appréciation de validité transmise par le Conseil d'État ait été tranchée.

¹³⁵ Sur la diversité des pratiques nationales à cet égard, voir H. KANNINEN, *op. cit.*, p. 23.

¹³⁶ Arrêt *Intermodal Transports* préc., pt. 36.

¹³⁷ Conclusions préc., pt. 112-114. Dans l'arrêt afférent, la Cour envisage seulement la situation d'une juridiction dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours, pour constater que la position adoptée par l'autorité administrative d'un autre État membre à l'égard d'une situation analogue à celle qui est pendante devant elle ne saurait atteindre à la liberté d'appréciation dont cette juridiction est investie par le traité (arrêt *Intermodal Transports* préc., pt. 34).

¹³⁸ Conclusions J. KOKOTT sur CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko e.a. c. The Secretary of State for Transport*, aff. C-308/06, EU:C:2008:312, pt. 152.

¹³⁹ Conclusions N. WAHL préc., pt. 68.

¹⁴⁰ Pour un exemple d'interprétation retenue par une juridiction suprême nationale s'écarter de précédents établis par les juridictions d'autres États membres, voir *Tribunal Supremo*, 31 janvier 1998, *Carlos Luis A.F. y Unión de Consumidores de España c. Banco Central Hispanoamericano*, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1998, n° 121 (à propos de l'effet direct de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives).

loyale¹⁴¹. Premièrement, celle où la décision de la Cour de justice serait toujours pendante. A nouveau, l'on pourrait supposer que l'uniformité d'application du droit de l'Union commande l'adoption d'une suspension provisoire de l'instance par la juridiction suprême. Dans cette situation, le Conseil d'État français a cependant déjà marqué son indépendance d'esprit, en refusant d'accorder à la Cour de justice, saisie par la *High Court of Justice*, une préséance dans l'interprétation des règles du droit de l'Union¹⁴². Si les circonstances de l'espèce pouvaient plaider pour l'inutilité d'un renvoi préjudiciel¹⁴³, il n'est pas certain que le juge administratif soit très enclin à adopter un raisonnement différent dans d'autres situations¹⁴⁴. En second lieu, l'exercice d'un renvoi préjudiciel peut avoir amené une juridiction étrangère à adopter, conformément à la position préjudicielle de la Cour de justice, une solution qu'une juridiction suprême tierce n'entend pas appliquer dans une affaire pourtant similaire. Dans cette situation il ne fait aucun doute, eu égard à l'autorité revêtue par les décisions préjudicielles, que l'invocation de la théorie de l'acte clair est rendue impossible. Un revirement de jurisprudence doit donc être sollicité avant de pouvoir adopter l'interprétation qui, selon la juridiction suprême, s'impose sans aucun doute.

Enfin, une dernière hypothèse conflictuelle est mise en lumière par l'avis 2/13 : une juridiction nationale pourrait considérer que l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, et plus particulièrement de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, est claire en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. On sait qu'en vertu de l'article 53 de la Charte, l'interprétation de cette dernière doit en principe être conforme à celle adoptée par la juridiction des droits de l'homme. Toutefois, la Cour de justice a clairement montré son hostilité devant tout mécanisme susceptible de corrompre son monopole d'interprétation, et l'on peut penser en l'occurrence qu'une juridiction suprême ne sera pas à ses yeux dégagée de son obligation de poser une question préjudicielle par le seul appel aux arrêts de la Cour européenne¹⁴⁵. Dans cette logique, face à une situation « triangulaire » (semblable à celle en cause devant le Conseil d'État dans l'affaire *Conseil national des barreaux*)¹⁴⁶, le mouvement de responsabilisation des juridictions suprêmes devrait donc connaître une limite : il conviendrait ainsi que la solution adoptée par le juge administratif en matière d'appréciation de validité soit

¹⁴¹ La question de savoir, lorsqu'une juridiction inférieure a saisi la Cour, si le principe de coopération loyale impose à une juridiction suprême d'attendre la réponse préjudicielle a toutefois été envisagée négativement par Nils WAHL. Selon l'avocat général, le principe mentionné à l'article 4§3 TUE et repris à l'article 19§1, al. 2 TUE ne constitue pas « un net fondement en droit permettant d'inférer une telle obligation » (conclusions sur l'arrêt *X. et T. A. van Dijk* préc., pt. 73), et ce d'autant moins que la bonne administration de la justice pourrait justifier qu'un jugement soit rendu sans délai par la juridiction suprême.

¹⁴² CE, 15 juillet 2004, *Docquier*, Rec. 328 ; et réitérant le refus, CE, 2 février 2005, *Docquier*, req. n° 257984 (arrêts rendus à propos de l'exclusion des étudiants communautaires du bénéfice des bourses d'enseignement).

¹⁴³ Le commissaire du gouvernement F. ROUL considéra en effet que la circulaire attaquée par le requérant pourrait toujours l'être par voie d'exception ultérieurement. Elle appuya en outre son argumentation sur le fait qu'il était peu probable que la Cour de justice procède à un revirement de jurisprudence sur la question en cause, ce que l'arrêt rendu suite à la saisine britannique est toutefois venu contredire (CJCE, 15 mars 2005, *Dany Bidar c. London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills*, aff. C-209/03, Rec. I-2119). Si le revirement n'aurait pas nécessairement eu de conséquence sur la solution adoptée par le Conseil d'État (dans la mesure où le raisonnement de la Cour de justice semblait se fonder sur l'adoption de la directive 2004/38, non encore entrée en vigueur, le Conseil d'État aurait certainement entendu limiter l'effet dans le temps de l'interprétation nouvellement retenue), il montre en tout cas l'intérêt que peut revêtir une suspension préventive lorsque l'attention du juge suprême est portée sur l'existence d'une question préjudicielle pendante.

¹⁴⁴ On notera cependant que, dans le cadre d'un référé-suspension, le Conseil d'État a vu dans la formation par plusieurs juridictions étrangères d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, visant la directive communautaire qui fondait l'acte administratif dont la suspension était demandée, un motif suffisant pour reconnaître l'existence d'un doute sérieux quant à la validité de ce dernier (CE, 29 août 2003, *Société Techna*, Rec. 422).

¹⁴⁵ Telle semble devoir être la conclusion à tirer de l'avis 2/13 dans lequel, à propos des questions préjudicielles qui peuvent être adressées à la Cour européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, la Cour de justice a rejeté l'éventualité d'être saisie dans un second temps ou de n'intervenir qu'au titre de l'implication préalable (avis 2/13 préc., pt. 179-200 et spé. pt. 199). Le raisonnement adopté « témoigne d'une compréhension du renvoi préjudiciel comme un outil au service d'une relation privilégiée entre la Cour de justice et les juges nationaux » et marque ainsi le refus de voir se mettre « en place un trilogue » (L. CLEMENT-WILZ, « Le renvoi préjudiciel près la Cour de justice est-il menacé ? », *RAE*, 2015, n°1, p. 75).

¹⁴⁶ CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, Rec. 130.

étendue aux questions d'interprétation des droits communs aux différents ordres juridiques. Ce n'est qu'à cette condition que seraient garanties la primauté, l'unité, l'effectivité ainsi que l'autonomie du droit de l'Union qui s'imposent en matière de protection des droits fondamentaux¹⁴⁷. Cette solution paraît participer d'un mouvement d'ensemble. La Cour impose en effet comme contrepartie à la responsabilisation des juridictions nationales qu'il ne leur est pas permis de se décharger de leur fonction de juridiction de droit commun du droit de l'Union en confiant à une autre formation juridictionnelle – extérieure au système de l'Union¹⁴⁸ – le soin d'interpréter – même indirectement – ce dernier. C'était déjà le sens de la motivation retenue dans l'avis 1/09 pour écarter la compatibilité avec le droit primaire du projet de juridiction des brevets¹⁴⁹.

L'analyse des conséquences prévisibles de la reconnaissance d'une marge de manœuvre revendiquée par les cours suprêmes aboutit au final à des résultats ambivalents : si la responsabilisation bénéficie de la définition large du champ d'application de l'obligation de renvoi, la remise en cause de l'exigence « comparatiste » dans l'invocation de l'acte clair n'est pas illimitée. Elle dépend, d'une part, de la capacité de la juridiction suprême à rétablir l'unité d'application du droit de l'Union, et, d'autre part, de la nécessité de préserver la compétence de la Cour de justice de toute concurrence jurisprudentielle dans le pouvoir du dernier mot.

Alors que la doctrine s'accorde à constater que les juridictions suprêmes s'octroyaient déjà une liberté importante en faisant une application « souple et fonctionnelle »¹⁵⁰ des conditions posées par l'arrêt *Cilfit*, l'officialisation de cette marge de manœuvre ne doit pas être comprise par les juridictions internes comme une licence – au risque sinon de paver « la voie à un effritement progressif de l'unité et de l'uniformité du droit communautaire et, finalement, de sa primauté elle-même »¹⁵¹. Dans un système juridictionnel pluriel, le temps n'est plus à l'affrontement et à la défense d'un monopole dans l'interprétation du droit, autrement dit dans le martèlement des obligations du juge national¹⁵², mais dans la construction d'un contrat de confiance. Dans cet « esprit de collaboration » régulièrement mis en avant¹⁵³, une logique de délégation s'instaure : des pouvoirs doivent être conférés au juge interne dans la mise en œuvre de l'Union, et seul leur exercice reste du domaine du contrôle de

¹⁴⁷ La garantie des caractéristiques existentielles du droit de l'Union est en effet une préoccupation première dans la jurisprudence récente de la Cour (voir en ce sens : CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, EU:C:2013:280, pt. 60 ; arrêt *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, préc., pt. 60 ; avis 2/13 préc., pt. 188).

¹⁴⁸ Dans une certaine mesure, les juridictions constitutionnelles sont également visées par cette interdiction, puisque si des mécanismes préjudiciels différents peuvent cohabiter entre les mains des juridictions ordinaires, c'est à la condition qu'elles conservent toujours la possibilité de transmettre une question à la Cour de justice et qu'elles puissent le faire en priorité à tout examen de constitutionnalité dans l'hypothèse des « lois-miroirs » (CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, pt. 41 ; arrêt *A. c. B. e.a.* préc., pt. 38).

¹⁴⁹ CJCE, 8 mars 2011, *Projet d'accord sur la Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, avis 1/09, EU:C:2011:123, pt. 80.

¹⁵⁰ H. KANNINEN, *op. cit.*, p. 22. Pour la France, voir notamment : J.-C. Bonichot, « Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1989, p. 594 ; J. F. Couzinet, « Le Conseil d'État, la Cour de cassation et le renvoi préjudiciel : des progrès mais peuvent mieux faire », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, PUSS, Tome II, Toulouse, 2004, p. 803 et s. ; D. Simon, « La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges », in *La Cour de cassation et la construction juridique européenne. Rapport annuel de la Cour de cassation 2006*, La documentation française, Paris, 2007, p. 82.

¹⁵¹ Conclusions A. TIZZANO sur l'arrêt *Lyckeskog*, préc., pt. 65.

¹⁵² A cet égard, l'analyse statistique présentée par T. VON DANWITZ (*op. cit.*, p. 715) montre que les juridictions nationales, dans les États fondateurs comme dans les nouveaux entrants, font un usage de plus en plus régulier des procédures préjudicielles, et ce en dehors même de toute situation d'obligation de renvoi.

¹⁵³ Voir pour un exemple, CJCE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft*, aff. C-350/07, EU:C:2009:127, pt. 29.

la Cour de justice. La « souveraineté exclusive en matière d'interprétation »¹⁵⁴ n'est ainsi pas remise en cause, mais elle s'exercerait désormais explicitement de manière « décentralisée »¹⁵⁵.

Comme lors de l'admission de la théorie de l'acte clair, la juridiction se place donc dans une logique de « *give and take* »¹⁵⁶ : l'affaiblissement des contraintes pesant sur les juridictions suprêmes souhaitant échapper à l'obligation de renvoi a pour conséquence un rappel des hypothèses coercitives, c'est-à-dire du contrôle *ex post* du respect des exigences et finalités de la coopération juridictionnelle. Ainsi, si désormais la Cour « laisse [pleinement] à la seule juridiction nationale le soin d'apprécier si l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable », elle met aussi en garde cette dernière : c'est une question qu'elle doit « résoudre sous sa propre responsabilité »¹⁵⁷.

II. – LA RESPONSABILITE DES JURIDICTIONS SUPREMES DANS LA VIOLATION DE L'OBLIGATION DE RENVOI : SUCCEDANE DU DROIT AU JUGE

Pour que cette stratégie soit acceptable, encore faut-il que ce système lui-même permette de garantir la primauté et l'application uniforme du droit de l'Union. Encore faut-il également qu'il assure le respect du droit au juge, qui constitue le principe cardinal de l'État de droit dont la construction européenne prétend faire son paradigme. A cette fin, le renvoi préjudiciel est intégré à l'exigence de protection juridictionnelle dans de plus en plus d'États membres¹⁵⁸, en raison de l'importance de cette procédure pour le respect du droit au juge légal. Ainsi, « les mécanismes de contrôle de la responsabilité croissante qui incombent aux juridictions supérieures peuvent être trouvés non seulement dans la Cour, mais également auprès des cours constitutionnelles de ces États, lesquelles intègrent de plus en plus le droit de l'Union pour l'inclure dans leurs paramètres d'évaluation constitutionnelle »¹⁵⁹. Il ne fait aucun doute que cette formule, par laquelle le droit constitutionnel à une protection juridictionnelle adéquate intègrerait le droit au renvoi, constitue l'avenir du système juridictionnel de l'Union. Elle est la conséquence de la décentralisation de la garantie des droits conférés aux individus, dans laquelle le juge interne, et en particulier le juge suprême¹⁶⁰, est amené à jouer pleinement son rôle de juridiction de droit commun du droit de l'Union¹⁶¹.

¹⁵⁴ T. VON DANWITZ, *op. cit.*, p. 723.

¹⁵⁵ Voir en ce sens, CJCE, 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, aff. C-337/95, EU:C:1997:517, pt. 25, ainsi que l'avis 1/09 préc., pt. 84 et 85.

¹⁵⁶ H. RASMUSSEN, *op. cit.*, p. 342.

¹⁵⁷ Arrêt *X. et T. A. van Dijk* préc., pt. 58.

¹⁵⁸ Voir pour des illustrations : *Bundesverfassungsgericht*, 8 avril 1987, *Kloppenburger*, EuR (1987) 190 ; *Bundesverfassungsgericht*, 9 janvier 2001, 1BvR 1036/99 ; *Bundesverfassungsgericht*, 30 août 2010, 1BvR 1631/08 (*Reflets*, 2010, n° 3, p. 10) ; *Tribunal Constitucional*, 19 avril 2004, 58/2004 ; *Tribunal Constitucional*, 19 juin 2006, 194/2006 ; Cour constitutionnelle tchèque, 30 juin 2008, IV. ÚS 154/08 ; Cour constitutionnelle tchèque, 24 juillet 2008, III. ÚS 2738/07, Cour constitutionnelle tchèque, 8 janvier 2009, II. ÚS 1009/08 ; Cour constitutionnelle slovaque, 29 mai 2007, III. ÚS 151/07, Cour constitutionnelle slovaque, 3 juillet 2008, IV. ÚS 206/08. Pour des commentaires, voir : L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 106 ; C. NAOME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 50-51 (l'auteur note, pour la France, une décision de la Cour de cassation dans laquelle elle juge que le refus d'exercer un renvoi préjudiciel justifie l'annulation d'un arrêt de Cour d'appel : C. Cass, 1^{ère} Civ., 8 mars 2005, *Bull.* 2005, I, n° 112, p. 96).

¹⁵⁹ Conclusions P. CRUZ VILLALON sur l'arrêt *Georgi Ivanov* préc., pt. 25.

¹⁶⁰ Conclusions Y. BOT sur CJCE, 12 février 2008, *Willy Kempter KG*, aff. C-2/06, EU:C:2008:78, pt. 98 : l'avocat général souligne « la place stratégique qu'occupent les juridictions suprêmes dans les ordres juridiques nationaux » : « conformément à leur fonction traditionnelle d'unification du droit, elles sont chargées d'assurer le respect, par les autres juridictions nationales, de la mise en œuvre correcte et effective du droit communautaire. De plus, elles connaissent des ultimes recours destinés à garantir la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ».

¹⁶¹ Conclusions N. WAHL sur l'arrêt *X. et T. A. van Dijk* préc., pt. 69.

Cependant, la Cour de justice refuse d'imposer une subjectivisation du renvoi. En raison de la nature préjudicielle de la procédure, elle n'aborde l'obligation des juridictions suprêmes que sous l'angle de la coopération de juge à juge et des exigences d'unité du droit de l'Union. De ce fait, le renvoi préjudiciel qui constitue la « clef de voûte du système juridictionnel »¹⁶² de l'Union marque aussi la faiblesse de cette intégration fondée sur la subsidiarité juridictionnelle¹⁶³. Les membres de la Cour de justice n'ont eu de cesse de le rappeler. Ainsi, dans ses conclusions rendues sous l'arrêt *Köbler*¹⁶⁴, Pierre Léger soulignait que, dès 1975, l'institution avait estimé nécessaire de prévoir dans les traités une garantie appropriée pour la sauvegarde des droits des particuliers en cas de violation de l'obligation de renvoi par les juridictions internes. Pour expliciter le danger qu'emporte l'absence d'un tel mécanisme, il rappela à l'occasion de l'affaire *Traghetti* que « le manquement à une telle obligation risque de conduire la juridiction concernée à commettre une erreur [...] dans l'interprétation du droit applicable ou dans la déduction des conséquences qu'il convient d'en tirer pour l'interprétation conforme du droit interne ou pour l'appréciation de la compatibilité de celui-ci »¹⁶⁵.

Face au silence regrettable du traité sur l'éventualité d'un manquement à l'obligation de renvoi, le juge de l'Union est toutefois venu clarifier les conséquences d'une responsabilité assumée par les juridictions nationales en vertu du droit de l'Union. En exposant clairement la solution qui s'imposait en l'espèce, la décision *Ferreira da Silva e Brito* apparaît ainsi comme un point d'orgue d'une jurisprudence construite pas à pas. Sans avoir directement pour objet d'inclure la coopération juridictionnelle dans le champ des droits individuels, elle induit la possibilité que puisse être sanctionnée une violation des dispositions qui confèrent des prérogatives aux citoyens de l'Union (A). Affaibli par un centre de gravité décentralisé, ce système intégré qui repose pour l'essentiel sur la coopération du juge interne trouve cependant un appui extérieur dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sans faire non plus de la procédure préjudicielle un élément inhérent au droit au juge, elle apporte en effet un élément de réponse à la question de savoir *quis custodiet ipsos custodes* en sanctionnant le refus arbitraire de transmettre une question à la Cour de justice (B). L'enrichissement progressif de l'arsenal procédural semble avoir constitué un argument en faveur de la responsabilisation du juge interne dans l'application de la théorie de l'acte clair, l'on peut penser qu'en retour ce mouvement doit susciter l'affermissement des moyens d'engager cette responsabilité.

A. – LES CONSEQUENCES DE L'IDENTIFICATION D'UNE VIOLATION SUBSTANTIELLE DE L'OBLIGATION DE RENVOI DANS LE SYSTEME DE L'UNION

S'il est vrai que le renvoi préjudiciel repose « sur la bonne volonté des juridictions internes, puisque aucune hiérarchie organique n'existe entre eux et la Cour de justice de l'Union européenne et que les moyens de sanction sont inexistants »¹⁶⁶, celle-ci s'est pourtant attachée à construire un régime juridique permettant de contourner cette difficulté. Pour ce faire, elle a toutefois davantage insisté sur l'élaboration des principes applicables au sein des

¹⁶² Avis 2/13 préc., pt. 176.

¹⁶³ D'aucuns n'hésitaient pas à se demander « Excellent sur le papier, un tel système est-il viable ? » (R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976), ou à observer que « le système communautaire est décidément moins fort pratiquement que perfectionné juridiquement » (B. PACTEAU, Note sous sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, n° 11604, *Rec.* 524, *Dalloz*, 1979, J., p. 165). Dans cette perspective, des propositions de réforme sont régulièrement faites afin de remédier à l'absence de relation hiérarchique entre la Cour de justice et les juridictions nationales (voir par exemple, J. BAQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? » in L. AZOULAI, et L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 241).

¹⁶⁴ Conclusions P. LEGER sur CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, EU:C:2003:207, note 126.

¹⁶⁵ Conclusions P. LEGER sur CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo Spa*, aff. C-173/03, EU:C:2006:391, pt. 66.

¹⁶⁶ B. SEILLER, *op. cit.*, § 131.

systèmes juridiques nationaux (2), qu'elle n'a sollicité les outils procéduraux existants au niveau de l'Union (1). La prévalence donnée au contrôle *ex post* dans la mise en œuvre de la théorie de l'acte clair pourrait être l'occasion d'un rééquilibrage nécessaire.

1. L'origine judiciaire de la violation ne devrait pas, en effet, faire obstacle à la constatation d'un manquement par la Cour de justice : si la question a été débattue¹⁶⁷, il n'y a juridiquement aucune raison valable pour exempter l'État de la méconnaissance par ses juges des exigences du droit de l'Union¹⁶⁸ – que celle-ci découle d'une violation de l'obligation de renvoi préjudiciel ou de l'obligation d'interprétation conforme, ou encore d'une violation de l'autorité de chose jugée¹⁶⁹ – dès lors que le juge de l'Union refuse de considérer l'indépendance constitutionnelle des organes nationaux comme une justification admissible¹⁷⁰. Certes, on peut admettre qu'il faille identifier une décision de justice définitive contraire au droit de l'Union, voire une décision rendue par une juridiction suprême susceptible de se répercuter sur la pratique juridictionnelle interne, pour que le manquement soit constitué. Mais rien ne peut justifier que la Cour de justice se refuse un pouvoir qu'elle impose, comme on le verra, aux juridictions nationales en matière de responsabilité de l'État du fait de la justice¹⁷¹. L'avis 1/09 a été l'occasion de l'affirmer de manière très claire : « lorsqu'une violation du droit de l'Union est commise par une juridiction nationale, les dispositions des articles 258 TFUE à 260 TFUE prévoient la possibilité d'une saisine de la Cour aux fins de la constatation d'un tel manquement à l'égard de l'État membre concerné »¹⁷². Dans *Intermodal Transports*, la Cour avait également rappelé que des divergences d'interprétation persistantes sont de nature à justifier la mise en cause des autorités nationales par la voie d'un recours en manquement¹⁷³. Le non-usage du renvoi préjudiciel en interprétation, qui peut être à l'origine du maintien de cette diversité d'application du droit de l'Union, devrait donc pouvoir être sanctionné par la Cour sur la base d'une procédure engagée par la Commission. A défaut de l'être systématiquement¹⁷⁴, il serait logique, au regard de la pratique libérale des juridictions nationales, d'en trouver des illustrations jurisprudentielles.

Au regard de la pratique, Antonio Tizzano constate pourtant que le système repris aujourd'hui à l'article 267 TFUE est par nature d'une effectivité relative en « l'absence d'un mécanisme efficace de contrôle ». Il relève en ce sens le « caractère purement théorique » de celui prévu par le traité, dès lors qu'il serait « notoire que la Commission (et pas seulement elle) considère [...] la voie du recours en manquement [comme] peu praticable et encore moins opportune »¹⁷⁵. Ce caractère purement théorique est en effet particulièrement problématique, et le devient d'autant dans le cadre d'un processus de responsabilisation des juridictions suprêmes. Si la jurisprudence a d'ores et déjà

¹⁶⁷ Voir sur ce débat les références citées par C. SOULARD, A. RIGAUX et R. MUNOZ, *Contentieux de l'Union européenne* /3, Lamy, Paris, 2011, p. 170.

¹⁶⁸ Le principe était même envisagé dès 1974 par Maurice LAGRANGE (« L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire », *RTDE*, 1974, p. 268 et s.).

¹⁶⁹ Dans le cadre d'une procédure en constatation de manquement, la Cour écarta ainsi les arguments fondés sur le fait que la pratique nationale contestée résultait uniquement d'une jurisprudence et non d'un acte normatif (CJCE, 12 novembre 2009, *Commission c. Espagne*, aff. C-154/08, EU:C:2009:695, pt. 124).

¹⁷⁰ CJCE, 5 mai 1970, *Commission c. Belgique*, aff. 77 /69, EU:C:1970:34, pt. 15 ; et CJCE, 18 novembre 1970, *Commission c. Italie*, aff. 8/70, EU:C:1970:94, pt. 9.

¹⁷¹ L'avocat général L. A. GEELHOED a d'ailleurs explicitement tiré argument en ce sens des conclusions rendues par P. LEGER dans l'affaire *Köbler* (conclusions sur CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, EU:C:2003:319, pt. 49) lors de la première reconnaissance indirecte d'un manquement judiciaire (voir *infra* note 176).

¹⁷² Avis 1/09 préc., pt. 87.

¹⁷³ Arrêt *Intermodal Transports* préc., pt. 44.

¹⁷⁴ Certains voient dans une multiplication des recours en constatation de manquement un effet pervers de banalisation (G. F. MANCINI et D. T. KEELING, *op. cit.*, p. 10). Il conviendrait dans cet esprit que le déclenchement par la Commission d'une telle procédure soit limité aux hypothèses de violation les plus graves.

¹⁷⁵ Conclusions A. TIZZANO sur l'arrêt *Lyckeskog* préc., pt. 65. Voir, dans le même sens, K. LENAERTS, I. MASELIS, et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, *op. cit.*, p. 102.

sanctionné indirectement les juridictions nationales¹⁷⁶, et si la Commission a ouvert plusieurs fois des procédures administratives à la suite de décisions de justice¹⁷⁷, des motifs de politique jurisprudentielle paraissent encore faire obstacle à une reconnaissance expresse et directe d'un manquement judiciaire : afin de préserver le dialogue juridictionnel et d'éviter une contestation incidente de l'autorité des arrêts du juge interne¹⁷⁸, la Cour de justice semble toujours préférer imputer formellement aux autorités actives, législatives ou exécutives¹⁷⁹, la responsabilité du manquement. Elle n'a effectivement jamais constaté *directement* de manquement judiciaire. Ainsi, dans l'affaire *Commission c. Italie* de 2003¹⁸⁰ bien souvent présentée comme consacrant cette faculté¹⁸¹, la juridiction s'évertue encore à rattacher le manquement au comportement du législateur¹⁸². De manière topique, le raisonnement développé par la juridiction européenne dans l'affaire *Intermodal Transports* part de la prémisse que c'est l'interprétation adoptée par l'autorité administrative qui est erronée, et qui est donc susceptible d'être visée par la procédure en constatation de manquement. Alors que l'article 19§1, al. 2 TUE précise depuis Lisbonne quelles sont les conséquences du principe de coopération loyale pour le rôle du juge interne dans la protection juridictionnelle effective¹⁸³, il serait souhaitable que la méconnaissance de l'obligation d'opérer un renvoi préjudiciel soit enfin directement et explicitement sanctionnée.

Dans le prolongement de cette question, il faut observer que la constatation d'un manquement judiciaire ne serait pas de nature à impliquer systématiquement une obligation de mise en conformité du droit interne avec l'interprétation retenue par la Cour de justice – celle-ci considérant que le principe de primauté n'exige pas la création d'une voie de droit destinée à remettre en cause des décisions de justice définitives¹⁸⁴. Ainsi dans les affaires *Eco Swiss* et *Kapferer*, a-t-elle jugé par exemple que « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en

¹⁷⁶ CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, EU:C:2003:656, pt. 32 : « À cet égard, des décisions de justice isolées ou fortement minoritaires dans un contexte jurisprudentiel marqué par une autre orientation, ou encore une interprétation démentie par la juridiction suprême nationale, ne sauraient être prises en compte. Il n'en est pas de même d'une interprétation jurisprudentielle significative non démentie par ladite juridiction suprême, voire confirmée par celle-ci » (voir pour un commentaire, D. SIMON, « La condamnation indirecte du "manquement judiciaire" : le juge national doit être asservi au respect du droit communautaire », *Europe*, 2004, n°3 ; Chron. 4, p. 8-10 : selon la formule de l'auteur, le considérant précité amènerait à considérer l'hypothèse d'une « violation "jurisprudentielle" plus que d'une violation "juridictionnelle" »).

¹⁷⁷ Voir pour des exemples : C. SOULARD, A. RIGAUD et R. MUNOZ, *op. cit.*, p. 170 ; D. SIMON, « La condamnation indirecte du "manquement judiciaire" », *op. cit.*, p. 9 ; ainsi que la réponse de la Commission à la question écrite n°526/83 de A. TYRRELL, relative la doctrine de l'acte clair (JO du 6 octobre 1983, C 268).

¹⁷⁸ Conclusions L. A. GEELHOED sur l'arrêt *Commission c. Italie* préc., pt. 57-61.

¹⁷⁹ CJUE, 22 décembre 2010, *Commission c. République slovaque*, C- 507/08, EU:C:2010:802, pt. 49 et s.

¹⁸⁰ Arrêt *Commission c. Italie* préc., pt. 33 : « Lorsqu'une législation nationale fait l'objet d'interprétations juridictionnelles divergentes pouvant être prises en compte, les unes aboutissant à une application de ladite législation compatible avec le droit communautaire, les autres aboutissant à une application incompatible avec celui-ci, il y a lieu de constater que, à tout le moins, cette législation n'est pas suffisamment claire pour assurer une application compatible avec le droit communautaire ».

¹⁸¹ Voir par exemple : conclusions P. CRUZ VILLALON sur l'arrêt *Georgi Ivanov Elchinov* préc., pt. 24 ; et Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Première consécration expresse du principe de la responsabilité de l'État membre pour les jurisprudences de ses cours suprêmes dans le cadre de l'article 226 CE », *RTDE*, 2004, p. 208-215.

¹⁸² Alors que c'est dans le comportement de la *Corte di cassazione* qu'elle identifia le « foyer primaire » de la violation (R. MEHDI, note sous CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, *Rec. I-14637*, *JDI*, 2004, p. 564), la Cour dénonce dans le dispositif de l'arrêt uniquement l'absence de modification de la loi et non la violation de l'obligation d'interprétation conforme du juge.

¹⁸³ La place prépondérante des juridictions nationales dans l'exécution des obligations de l'Union est affirmée de longue date, et le Traité de Lisbonne n'a fait à cet égard que consacrer l'importance du droit à un recours juridictionnel effectif (voir par exemple, CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, *Rec. 1891*, pt. 26 ; ou encore l'arrêt *Unibet* préc., pt. 37) : l'article 19§1, al. 2 TUE constitutionnalise l'existence au profit du juge national « d'un mandat autonome parmi les autorités étatiques » qui résulte de son intégration au sein du système juridictionnel de l'Union (E. NEFRAMI, « Le rôle du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel : une marge d'appréciation ? », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 22-23).

¹⁸⁴ M. LAGRANGE, « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire », *op. cit.*, p. 290.

cause »¹⁸⁵. Elle relativise toutefois ce principe et rappelle les conditions, classiques en matière d'autonomie procédurale, tenant au respect des principes d'équivalence et d'effectivité¹⁸⁶. Dans l'affaire *Kühne & Heitz*¹⁸⁷, le principe d'équivalence avait induit que soit remise en cause une mesure administrative pourtant devenue définitive avec l'épuisement des voies de recours. Au regard de la jurisprudence *Alitalia*¹⁸⁸, il semble donc que le Conseil d'État doive tenir pour acquis que la découverte d'une jurisprudence postérieure de la Cour est de nature à priver les décisions définitivement rendues par les juridictions administratives de leur effet quant au caractère définitif des actes administratifs attaqués¹⁸⁹.

Plus largement, l'invocation du principe de coopération loyale¹⁹⁰ amène à penser que certaines circonstances sont de nature à justifier la remise en cause de l'autorité de chose jugée, sans considération pour l'autonomie procédurale. L'autorité de chose jugée devrait effectivement être écartée lorsque le juge national remet en cause les principes régissant la répartition des compétences et empiète sur une compétence exclusive de la Cour¹⁹¹. C'est en ce sens qu'il est possible de lire l'affaire *Kempton*¹⁹², dans laquelle elle considère qu'une violation manifeste de l'obligation de renvoi ou un refus arbitraire implique d'écarter le principe de sécurité juridique, si « l'arrêt de la juridiction de dernier ressort [...] était, au vu d'une jurisprudence de la Cour postérieure à celui-ci, fondé sur une interprétation erronée du droit communautaire adoptée sans que la Cour ait été saisie à titre préjudiciel »¹⁹³. Dans le cadre de la responsabilisation des juridictions suprêmes en matière de coopération, cette limitation apportée au principe de l'autorité de chose jugée pourrait compenser l'absence de procédure en constatation de manquement judiciaire¹⁹⁴. Encore qu'elle resterait tributaire de la bonne volonté du juge interne...

2. Tel est par ailleurs le cas du recours indemnitaire, qui doit être ouvert devant les juridictions nationales et qui est censé garantir les individus en cas de méconnaissance d'une obligation de renvoi. Si en l'absence d'accès au juge légal ce mécanisme compensatoire n'est donc pas une panacée, au moins devient-il avec l'arrêt *Ferreira da Silva e Brito* autre chose qu'une solution seulement principielle.

C'est l'arrêt *Köbler*¹⁹⁵ qui posa « avec prudence »¹⁹⁶ le principe d'une responsabilité de l'État du fait de ses juridictions, à l'occasion d'une affaire qui mettait en cause l'application de la théorie de l'« acte éclairé » par le

¹⁸⁵ CJCE, 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, aff. C-234/04, EU:C:2006:178, pt. 21. Voir déjà en ce sens, CJCE, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, aff. C-126/97, EU:C:1999:269, pt. 47.

¹⁸⁶ Arrêt *Kapferer* préc., pt. 22. Pour une réglementation nationale étendant l'autorité de chose jugée aux litiges similaires, incompatible avec le principe d'effectivité, voir CJCE, 3 septembre 2009, *Olympicclub*, aff. C-2/08, EU:C:2009:506, pt. 29-31. Pour une solution fondée sur le principe d'équivalence vis-à-vis d'une législation imposant aux autorités nationales de retirer une disposition manifestement incompatible avec le droit interne, voir CJCE, 19 septembre 2006, *i-21 Germany GmbH*, aff. C-392/04 et C-422/04, EU:C:2006:586, pt. 69.

¹⁸⁷ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, EU:C:2004:17, pt. 27.

¹⁸⁸ CE, Ass., 3 février 1989, *Cie Alitalia*, Rec. 44.

¹⁸⁹ Arrêt *Kapferer* préc., pt. 63. La Cour a précisé par la suite que la possibilité pour les individus de former « une demande de réexamen et de retrait d'une décision administrative devenue définitive et contraire au droit communautaire » doit être ouverte durant « un délai raisonnable » à compter de la découverte de la contrariété (CJCE, 12 février 2008, *Willy Kempton*, aff. C-2/06, Rec. I-411, pt. 59).

¹⁹⁰ Arrêt *Kühne & Heitz* préc., pt. 28 (la coopération loyale n'est en l'espèce imposée qu'à l'autorité administrative).

¹⁹¹ CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, EU:C:2007:434, pt. 52 et 62.

¹⁹² Arrêt *Willy Kempton*, pt. 38 et s.

¹⁹³ Arrêt *Willy Kempton* préc., pt. 39. La Cour ajoute qu'il n'est pas même nécessaire que le requérant ait demandé lors du procès un renvoi préjudiciel, mais qu'« il suffit que, soit ledit point de droit communautaire, dont l'interprétation s'est révélée erronée à la lumière d'un arrêt postérieur de la Cour, ait été examiné par la juridiction nationale statuant en dernier ressort, soit qu'il aurait pu être soulevé d'office par celle-ci » (pt. 44).

¹⁹⁴ Il est regrettable que la mention du principe de coopération loyale ne soit toutefois pas systématique, et que la Cour se contente parfois d'analyser le droit interne sous le seul angle des principes d'effectivité et d'équivalence (CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. Spa c. Comune di Bari e.a.*, aff. C-213/13, EU:C:2014:2067, pt. 58-62).

¹⁹⁵ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, EU:C:2003:513, pt. 53.

¹⁹⁶ J. PERTEK, *op. cit.*, p. 35.

Verwaltungsgerichtshof autrichien. Il ne fait guère de doute qu'en principe une application erronée de la théorie de l'acte clair est elle aussi de nature à engager la responsabilité de l'État si elle conduit une juridiction suprême¹⁹⁷ à appliquer une interprétation erronée du droit de l'Union et à violer un droit subjectif¹⁹⁸. Mais, comme pour le recours en constatation de manquement, la doctrine souligne l'ineffectivité d'une jurisprudence qui relève « davantage de la posture que de l'instrument de contrôle »¹⁹⁹, « de l'affichage ou de l'effet d'annonce que d'une réalité éprouvée ou effective »²⁰⁰. Ainsi en va-t-il dès l'arrêt *Köbler*, où la Cour de justice, loin d'utiliser les largesses qu'elle se reconnaît parfois dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, s'en tient à la stricte interprétation du droit commun en laissant au juge national le soin de constater ou non l'existence d'une violation de nature à mettre en cause la responsabilité de l'État²⁰¹. C'était manquer l'occasion de donner l'élan nécessaire à l'évolution des pratiques juridictionnelles nationales²⁰²... L'affaire *Traghetti*²⁰³, qui permettra en 2006 de fixer plus précisément ce régime de responsabilité, n'offrira pas davantage de satisfaction sur ce point – la Cour y développant un examen abstrait de la législation italienne.

C'est donc au juge interne qu'il revient de constater une violation de l'obligation de renvoi, alors même que les juridictions suprêmes sont potentiellement à l'origine de la dite violation, et qu'elles sont chargées au moins en dernière instance d'en vérifier l'existence et d'en assurer la réparation. Pour extérioriser l'analyse du manquement judiciaire, les juridictions nationales devraient pouvoir solliciter l'intervention de la Cour de justice. Le renvoi préjudiciel pourrait ainsi être utilisé pour lui demander de constater l'existence d'une violation manifestement caractérisée entraînant la responsabilité de l'État. Ceci implique que la Cour rompe avec une application rigide de la distinction entre l'interprétation du droit et son application²⁰⁴.

La motivation retenue dans sa décision du 9 septembre 2015 apparaît à cet égard bien moins évasive s'agissant de la responsabilité de l'État du fait de la décision du Tribunal suprême de justice. Dans un raisonnement en deux temps, elle rappelle tout d'abord que si l'article 267 TFUE instaure un mécanisme de coopération, il n'en demeure pas moins que le point de départ de l'analyse doit être l'existence de l'obligation de renvoi²⁰⁵. Elle ajoute ensuite

¹⁹⁷ L'affaire *Commission c. Italie* de 2003 précisant à quelle condition, eu égard à la « spécificité de la fonction juridictionnelle » (arrêt *Köbler* préc., pt. 53), un manquement judiciaire pourrait être constaté, réaffirme à cet égard le rôle particulier que remplissent les juridictions suprêmes : si « des décisions de justice isolées ou fortement minoritaires dans un contexte jurisprudentiel marqué par une autre orientation, ou encore une interprétation démentie par la juridiction suprême nationale, ne sauraient être prises en compte » au contraire le manquement peut être constitué par « une interprétation jurisprudentielle significative non démentie par ladite juridiction suprême, voire confirmée par celle-ci ». La même analyse s'impose en matière de recours en responsabilité.

¹⁹⁸ En ce sens, voir : D. BLANCHET, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle ? », *RTDE*, 2001, n° 37, p. 420 ; conclusions P. CRUZ VILLALON sur *Georgi Ivanov Elchinov* préc., pt. 24 ; ainsi que K. LENAERTS, I. MASELIS, et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, *op. cit.*, p. 103-104.

¹⁹⁹ L. CLÉMENT-WILZ, *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁰ L. COUTRON, « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 55.

²⁰¹ Aussi, la doctrine s'interrogera-t-elle vertement sur le sens de cette politique jurisprudentielle : « Le souci de ne pas violer les États implique-t-il inévitablement une pratique qui s'apparente au *coitus interruptus* juridictionnel ? » (D. SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », *Europe*, 2003, chron. 12, p. 6).

²⁰² L. COUTRON, « L'irénisme des Cours européennes. Rapport introductif », *op. cit.*, p. 52.

²⁰³ *Traghetti del Mediterraneo Spa* préc., pt. 46. La Cour a par ailleurs confirmé l'insuffisance de la législation italienne par la voie préjudicielle : CJUE, 24 novembre 2011, *Commission c. Italie*, aff. C-379/10, EU:C:2011:775.

²⁰⁴ CJUE, 3 septembre 2014, X., aff. C-318/13, EU:C:2014:2133 (L. COUTRON, « Les réticences de la Cour de justice pour passer, elle-même, le comportement d'un État membre au crible de l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée », *RTDE*, 2015, n°2, p. 350).

²⁰⁵ La motivation ferme adoptée par la Cour (arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc., pt. 37) semble prendre le contre-pied de la position de l'avocat général Y. BOT, lequel affirmait que c'est l'obligation de saisine qui s'inscrit dans le cadre de la coopération instituée par l'article 267 TFUE.

que, « dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal »²⁰⁶, l'application de la théorie de l'acte clair par une juridiction suprême constitue une violation de l'obligation de renvoi. Ce faisant, la Cour de justice explicite une exigence de sanction restée jusqu'ici implicite dans sa jurisprudence²⁰⁷, et confère ainsi un surcroît d'autorité à la juridiction *a quo* qui pourra s'appuyer sur cette décision non seulement pour constater l'irrégularité de la solution adoptée par la juridiction suprême, mais également pour écarter les règles de procédures qui rendent excessivement difficile la sanction de cette dernière²⁰⁸.

Ce mouvement tout à fait positif du point de vue de la situation des particuliers dans le contentieux de l'Union européenne doit être encouragé. Il participe à la réification d'un « principe de coopération » qui apparaît comme un palliatif indispensable en absence de consécration du droit au juge légal dans le système de l'Union²⁰⁹. Il pourrait même se prolonger au niveau des conditions de mise en cause de la responsabilité de l'État. L'on sait en particulier que la règle violée doit conférer un droit subjectif à la personne qui invoque la responsabilité de l'État. Ainsi, selon Laurent Coutron, seule la conjugaison d'une violation de l'obligation de renvoi et d'une violation d'une règle de droit matériel pourrait satisfaire aux critères de responsabilité de l'État²¹⁰. Dans la perspective du droit au juge, la subjectivisation de l'obligation de renvoi serait en tant que telle de nature à élargir les motifs d'identification d'une telle situation. En cohérence avec l'importance du renvoi préjudiciel dans le système juridictionnel, le principe de coopération loyale du droit primaire pourrait induire la possibilité de détacher l'engagement de la responsabilité de l'identification d'une règle précise de droit matériel.

Cette solution aurait l'avantage de faire des individus les alliés objectifs du respect des obligations des juridictions suprêmes dans le mécanisme préjudiciel. Elle pourrait par exemple favoriser un contrôle utile de la motivation du juge du fond lorsqu'il écarte une question préjudicielle²¹¹, dans la mesure où l'allongement de la durée de procédure ou l'importance restreinte du litige constituent aujourd'hui des causes fréquentes – bien qu'illicites – du refus de transmission d'une question d'interprétation²¹². Des motivations de ce type, parce qu'elles entrent *per se* en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice devraient donc être de nature à entraîner la mise en cause de la responsabilité de l'État. Force est cependant d'admettre qu'en absence de contrôle extérieur sur les juridictions nationales, ces différentes hypothèses resteront largement lettre morte. A cet égard, tous les efforts de concrétisation de sa jurisprudence par la Cour de justice ne seront pas de nature à établir un contrôle *ex post* suffisant, et c'est peut-être davantage dans l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il faut chercher un renfort.

²⁰⁶ Arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc., pt. 44 et 45.

²⁰⁷ Voir par exemple, l'arrêt *Intermodal Transports* préc., pt. 37 : la Cour prend soin de préciser que l'appréciation de l'obligation de renvoi par le juge *a quo* se fait « sans préjudice des enseignements résultant de l'arrêt [...] Köbler ».

²⁰⁸ Arrêt *Ferreira da Silva e Brito* préc.,

²⁰⁹ Voir en ce sens, conclusions P. LEGER sur l'arrêt *Khiine* préc., pt. 47 : « Dans l'arrêt *Factortame* [...] la Cour a rappelé que "c'est aux juridictions nationales qu'il incombe, par application du principe de coopération [...] d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire" [...] pour fonder l'obligation des États membres de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui leur sont imputables ».

²¹⁰ L. COUTRON, « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », *op. cit.*, p. 55-56. L'approche cumulative a également été considérée comme nécessaire dans le cadre d'un hypothétique recours ouvert aux particuliers devant la Cour de justice (J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 261).

²¹¹ Sur cette question, voir L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 108.

²¹² Voir par exemple, CE, 20 mai 1998, *Communauté du Piémont de Barr e.a.*, *Rec.* 201, et les conclusions afférentes d'Henri SAVOIE, *RFDA*, 1998, p. 609 ; ou encore, *United Kingdom Supreme Court*, 20 juin 2013 (n° 2) *UKSC* 42, *Her Majesty's Revenue and Customs c. Aimia Coalition Loyalty UK Limited*, E. SAULNIER-CASSIA, « Saisir ou ne pas saisir... telle est la question pour la Cour suprême britannique ! », *RTDE*, 2014, n° 1, p. 225.

L'efficacité des règles qui entourent la coopération juridictionnelle souffre en effet d'une faiblesse inhérente à la structure plurielle du système juridictionnel de l'Union. L'observation de la jurisprudence administrative française illustre parfaitement le caractère insuffisant de son fonctionnement au regard des standards imposés par le droit au juge (1). Si la juridiction de la Convention européenne des droits de l'homme refuse pourtant d'inclure directement le mécanisme préjudiciel dans le périmètre du droit à un procès équitable, elle conserve l'intérêt d'adjoindre aux exigences de la Cour de justice une capacité de sanction des juridictions nationales qui opposent un refus arbitraire à une demande de renvoi préjudiciel (2).

1. Si le Conseil d'État semble s'être plié aux exigences de la Cour de justice en matière de responsabilité de l'État du fait d'une violation du droit de l'Union, Claire Vocanson constate qu'« il a refusé de participer à cette élaboration en ne posant aucune question préjudicielle à la Cour de justice alors que dans de nombreuses espèces il aurait pu le faire »²¹³. A cette analyse, il est possible d'objecter toutefois que la compatibilité de la jurisprudence du juge administratif avec le droit de l'Union n'est pas si certaine, alors qu'elle est comprise par la doctrine comme instaurant un régime de faute lourde²¹⁴. Dans un arrêt en constatation de manquement rendu à l'encontre de l'Italie²¹⁵, la Cour de justice a en effet rejeté l'assimilation de la faute lourde exigée par le droit interne, définie comme une « négligence inexcusable »²¹⁶, à la méconnaissance manifeste du droit applicable posée comme critère de la responsabilité du fait de la justice dans l'arrêt *Traghetti*²¹⁷. La mise en cause de la législation italienne, déjà contestée devant la Cour en 2003 et 2006, pourrait expliquer cette absence de concession²¹⁸ ; mais ce qui semble avoir été déterminant, c'est l'incapacité du gouvernement à illustrer une application jurisprudentielle euro-compatible des dispositions en cause. Or, il n'est pas certain que le juge français soit dans une meilleure posture.

Le Conseil d'État semble tirer parti de la difficulté d'identifier l'organe responsable de la méconnaissance des dispositions européennes pour minimiser, au détriment du justiciable, l'impact du principe de la responsabilité de l'État. Alors que la responsabilité du législateur et celle du juge administratif répondent de l'ordre juridictionnel administratif, celle du juge judiciaire relève des juridictions civiles en raison du dualisme juridictionnel. Dans un arrêt du 5 octobre 2015, le Conseil d'État a ainsi pu se fonder sur l'examen du lien de causalité pour écarter une demande en réparation dirigée contre le législateur en imputant la violation au juge judiciaire²¹⁹. De même avait-il,

²¹³ C. VOCANSON, *op. cit.*, p. 316-317 (pour les difficultés rencontrées dans l'instauration d'un régime compatible avec les exigences communautaires de responsabilité du législateur d'une part [CE, 8 février 2007, *Gardedieu*, *Rec.* 78 ; et CE, Ass., 22 octobre 2010, *Marianne Bleitrach*, *Rec.* 339], et du juge d'autre part [CE, 18 juin 2008, *Gestas*, *Rec.* 230], voir p. 317-331).

²¹⁴ M. GAUTIER, « Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmon en cas de violation du droit communautaire », *DA*, 2008, n° 8, comm. 120.

²¹⁵ CJUE, 24 novembre 2011, *Commission c. Italie*, aff. C-379/10, EU:C:2011:775.

²¹⁶ Pour un auteur ayant défendu leur similarité, voir L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 259.

²¹⁷ Arrêt *Traghetti del Mediterraneo SpA* préc., pt. 43 : pour établir cette méconnaissance manifeste du droit applicable, le juge national doit « tenir compte de tous les éléments caractérisant la situation qui lui est soumise et, notamment, le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel ».

²¹⁸ La législation italienne a également été mise en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre d'une contestation fondée sur la violation de l'article 6§1 en raison du caractère arbitraire d'un refus opposé à une demande de question préjudicielle : alors que le gouvernement italien invoquait le non-épuisement des voies de recours au motif que les requérants n'avaient pas formé de recours en responsabilité devant les juridictions italiennes, la Cour européenne a toutefois écarté l'exception d'irrecevabilité en constatant que la Cour de justice avait jugé insuffisant le droit italien fondé sur les notions de dol et de faute lourde et que le gouvernement ne pouvait avancer aucune jurisprudence démontrant une interprétation de celui-ci qui soit conforme aux principes posés dans les arrêts *Köbler* et *Traghetti* (CEDH, 21 juillet 2015, *Schipani e.a. c. Italie*, req. n° 38369/09, pt. 44-50).

²¹⁹ CE, 5 octobre 2015, *Société Lilly France*, req. n° 371832 (à propos d'une loi de validation dont la conventionnalité aurait été admise à tort par la Cour de cassation).

dans l'affaire *Société d'éditions et de protection route*, rejeté la demande en réparation du fait que l'origine du préjudice résidait non pas dans le caractère insuffisamment précis de la loi, mais dans l'impossibilité de prévoir « l'interprétation donnée de ces dispositions par la Cour de cassation »²²⁰. Si cette stratégie jurisprudentielle peut se prévaloir de la réserve de la Cour de justice dans l'identification d'un manquement judiciaire, elle ne paraît certainement pas conforme à l'idée de coopération loyale. A la lumière de l'arrêt *Schipani*²²¹ rendu le 21 juillet 2015 par la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire mettant en cause la législation italienne relative à la responsabilité du service public de la justice, il semble bien que ce soit du côté de Strasbourg qu'il faille chercher un complément d'effectivité de la responsabilité des juridictions suprêmes dans la garantie juridictionnelle du droit de l'Union.

2. Alors que de jurisprudence constante le renvoi préjudiciel ne constitue pas, selon la Cour de justice, un moyen à la disposition des parties et que son exercice relève uniquement du pouvoir d'appréciation des juridictions de droit interne, la procédure préjudicielle semble devoir devenir un élément du droit au juge que garantit notamment l'article 6§1 de la CEDH. En effet, si l'on considère que, dans le renvoi préjudiciel, le juge national exerce au sein de la systématique des voies de recours « un mandat de garant de la protection juridictionnelle »²²², il devient difficile d'éviter de conclure que toute violation de ses obligations en la matière n'implique pas une méconnaissance également de « l'objectif de protection juridictionnelle qui est assigné tant à la Cour de justice qu'au juge national »²²³. On peut penser que c'est donc uniquement à la condition de ne pas méconnaître le droit d'accès au juge légal, que les juridictions suprêmes devraient pouvoir mettre en œuvre leur marge d'appréciation dans l'exercice de leur responsabilité²²⁴. La Cour européenne des droits de l'homme n'a toutefois pas encore consacré une telle solution. Elle a cependant établi dans sa jurisprudence une exigence qui participe indirectement de ce processus de subjectivisation de l'obligation de renvoi préjudiciel, en reconnaissant que peut être sanctionné au nom du droit à un procès équitable tout refus arbitraire opposé à une demande de saisine préjudicielle du juge de l'Union.

Dans l'identification des éléments qui constituent cette « ébauche de régulation de la question préjudicielle par le droit de la Convention »²²⁵, il est possible de remonter jusqu'à une décision de la Commission européenne des droits de l'homme. Dès 1993, cette dernière avait posé deux principes : d'une part, « l'on ne saurait déduire de la Convention le droit absolu à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel à la Cour de justice », mais, d'autre part, il faut admettre que « dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale appelée à se prononcer en dernière instance puisse porter atteinte au principe de l'équité de la procédure [...] en particulier lorsqu'un tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire »²²⁶. Bien qu'il soit ancien, ce précédent n'aura pas de portée immédiate. Cela ne tient pas au fait que le respect de l'obligation dépasse le champ de compétence *ratione*

²²⁰ CE, 23 juillet 2014, *Société d'éditions et de protection route*, req. n° 354365 (AJDA, 2014, p. 2538, note C. BROUELLE).

²²¹ Voir *supra* note 218.

²²² E. NEFRAMI, *op. cit.*, p. 24.

²²³ *Id.* La Cour européenne des droits de l'homme a également affirmé dans l'application de l'article 6§1 l'existence d'un « lien étroit » entre les procédures préjudicielles devant les juridictions constitutionnelles et les procédures au fond devant les juridictions ordinaires, en estimant qu'elles sont « tellement imbriquées qu'à les dissocier [...] l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants » (CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c. Espagne*, req. n° 12952/87, pt. 59).

²²⁴ Cette liaison entre le droit au juge et le renvoi préjudiciel a été explicitée par la Cour de justice en matière d'appréciation de validité (CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores c. Conseil* (« UPA »), aff. C-50/00 P, EU:C:2002:462, pt. 39-40 ; CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, EU:C:2013:625, pt. 93). Toutefois, il est évident que le renvoi préjudiciel en interprétation, « par l'effectivité qu'il peut assurer dans l'application du droit de l'Union, permet d'assurer une protection juridictionnelle effective » (E. NEFRAMI, *op. cit.*, p. 26).

²²⁵ D. SZYMCAK, « Convention européenne des droits de l'homme et questions préjudicielles », AJDA, 2015, n°5, p. 268.

²²⁶ Com. EDH, 12 mai 1993, *Divagsa c. Espagne*, req. n° 20631/92.

materiae de l'organe de contrôle du Conseil de l'Europe²²⁷, mais davantage à une certaine réserve de la Cour européenne²²⁸. Ainsi, ce n'est qu'après avoir d'abord rappelé que les individus ne peuvent déduire de la Convention un droit au renvoi préjudiciel entendu comme un droit d'accès à la Cour de justice de l'Union²²⁹, qu'elle précisa par la suite que dans certaines circonstances le refus d'exercer le renvoi préjudiciel opposé par une juridiction statuant en dernière instance pourrait porter atteinte au droit à un procès équitable²³⁰.

La jurisprudence de la Cour européenne instaure désormais à la charge des juridictions statuant en dernier ressort une obligation de motiver l'examen du bien-fondé d'une demande de renvoi, qui bénéficie aux justiciables et participe indirectement de l'effectivité du droit au juge. Dans un domaine où la requête des parties est sans effet de droit, il était particulièrement important d'éviter que les modalités de fonctionnement de la coopération juridictionnelle donnent le sentiment aux individus – déjà privés d'accès direct au prétoire de l'Union – d'avoir été victimes d'un « déni de justice ». C'est pourquoi, après en avoir posé le principe, la Cour européenne a finalement franchi le pas en 2014 et sanctionné une juridiction suprême qui avait écarté une demande de renvoi en interprétation sans que la motivation adoptée ne permette « d'établir si cette question a été considérée comme non pertinente, ou comme relative à une disposition claire ou déjà interprétée par la CJUE, ou bien si elle a été simplement ignorée »²³¹.

De manière surprenante²³², l'absence d'arbitraire est le plus souvent examinée au stade de la recevabilité²³³, alors qu'au regard de la définition donnée de cette exigence²³⁴ sa vérification semble pouvoir amener la juridiction à opérer des appréciations particulièrement poussées. Il en irait *a fortiori* ainsi si la Cour devait consacrer, comme elle l'a fait pour la QPC dans l'affaire *Renard*²³⁵, l'existence d'une marge d'appréciation dans l'examen du « bien-fondé »²³⁶ du renvoi²³⁷. C'est en réalité uniquement parce que l'examen se limite au respect de l'obligation de motivation, qu'il peut être opéré *in limine litis*.

²²⁷ La décision du 6 avril 1996 parfois citée en ce sens (L. COUTRON, « L'irénisme des Cours européennes. Rapport introductif », *op. cit.*, p. 19) n'oppose pas une incompétence matérielle en raison du fait que le grief invoqué par les requérants repose sur une disposition de droit communautaire. Elle se fonde uniquement sur le constat que les demandes de renvois préjudiciels exprimées devant les juridictions nationales n'ont jamais été examinées au fond mais ont fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité, de sorte que les juges « n'ont pas eu à "décider" d'une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil du requérant au sens de l'article 6 par. 1 » (Com. EDH, 6 avril 1995, *Segaud c. France*, req. n° 22730/93). Comme l'observe Frédéric SUDRE, selon une jurisprudence constante l'« article 6 est inapplicable aux décisions de filtrage limitées à l'examen des conditions formelles de recevabilité » (F. SUDRE, « La compatibilité avec l'article 6, § 1 de la Convention EDH du refus de renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2015, n° 46-47, p. 2105).

²²⁸ Attitude de réserve avec laquelle la Cour semble rompre au moins en partie en 2011, lorsqu'elle explicita les exigences qu'elle tire de l'article 6§1 : CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, req. n° 3989/07 et 38353/07 (voir pour un commentaire : N. CARIAT et L. LEBOEUF, « Renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne et droit à un procès équitable », *JTDE*, 2012, p. 673-677 ; et G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, p. 127-133).

²²⁹ Voir, par exemple, CEDH, 25 janvier 2000, *Moosburgger c. Autriche*, req. n° 44861/98.

²³⁰ CEDH, 15 juillet 2003, *Ernst e.a. c. Belgique*, req. n° 33400/9 (la Cour a précisé par la suite que la demande de renvoi devait cependant être suffisamment expresse : CEDH, 13 février 2007, *John c. Germany*, n° 15073/03).

²³¹ CEDH, 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, req. n° 17120/09, pt. 33. Voir également, l'arrêt *Schipani e.a. c. Italie* préc., pt. 72.

²³² Pour une même appréciation s'agissant de l'irrecevabilité d'une demande visant à contester un refus dépourvu d'arbitraire opposé au demandeur dans le cadre de la QPC : F. SUDRE, *op. cit.*, p. 2104 (comme l'observe l'auteur « [l]a décision d'irrecevabilité devient alors une véritable décision au fond de l'affaire »).

²³³ Voir par exemple, CEDH, 8 décembre 2009, *Herma c. Allemagne*, req. n° 54193/07.

²³⁴ Voir la décision *Renard e.a. c. France* préc., pt. 22.

²³⁵ Décision *Renard e.a. c. France* préc., pt. 23 : « le droit interne leur confère un certain pouvoir d'appréciation, visant à réguler l'accès au Conseil constitutionnel », qui n'entre pas en contradiction avec la Convention et dont la Cour « doit par ailleurs tenir compte dans l'exercice de son contrôle ».

²³⁶ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 2106.

²³⁷ Dans une logique de subsidiarité, la Cour décrit son contrôle de la manière suivante dans la décision *Herma c. Allemagne* préc. : « For the purposes of its examination of this question, the Court further reiterates that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law even when that law refers to international law or agreements. [...] The Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such adjudication are compatible with the Convention ».

Sur la question de l'existence d'un pouvoir d'appréciation en matière de renvoi à la Cour de justice, il faut observer tout d'abord qu'un doute persiste quant à la situation du juge *a quo*. En effet, dans l'affaire *Bosphorus*, la Cour européenne avait considéré au regard de l'article 267 TFUE et de la jurisprudence *Cilfit* que « la Cour suprême était tenue, en tant que juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, d'opérer [...] un renvoi préjudiciel à la CJCE »²³⁸. Dans cette analyse, la juridiction européenne paraît écarter toute liberté du juge national et renforcer ainsi l'obligation de renvoi prévue par le droit de l'Union. Elle s'appuyait toutefois sur une lecture orthodoxe de la jurisprudence *Cilfit*, en vertu de laquelle l'application correcte du droit de l'Union doit s'imposer « avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, non seulement pour la juridiction nationale mais aussi pour les tribunaux des autres États membres et pour la CJCE »²³⁹.

Au moins trois éléments viennent amoindrir cependant la portée de l'affirmation d'une compétence liée dans l'affaire *Bosphorus*. Premièrement, le requérant contestait en l'espèce l'exercice du renvoi devant la Cour de justice, et voyait en lui la preuve que l'Irlande avait exercé une marge d'appréciation dans l'application des mesures de sanctions décidées par l'Union en application de résolutions onusiennes. La Cour européenne s'appuya donc sur l'analyse des règles qui entourent la procédure préjudicielle, uniquement pour établir que l'État était en réalité dans une situation de compétence liée (et donc qu'il devait bénéficier de la présomption d'équivalence de protection instaurée dans cette affaire au profit du droit de l'Union). Deuxièmement, et conformément à l'esprit même du système établi par la Convention, elle a précisé par la suite que c'est dans le cadre de la subsidiarité qu'il convient d'évaluer la compatibilité de l'interprétation de ses obligations par le juge national, et non à partir d'une interprétation abstraite et générale des dispositions du droit de l'Union qu'elle serait apte à établir par elle-même²⁴⁰. Enfin, la consécration de la marge d'appréciation des juridictions suprêmes, qui ressort de la subjectivisation des critères de la théorie de l'acte clair, est de nature à rapprocher la situation du juge *a quo* qui exerce son office dans le cadre d'une procédure de droit de l'Union de la situation du juge qui l'exerce dans le cadre d'une procédure constitutionnelle. En raisonnant par analogie²⁴¹, l'affaire *Renard c. France* pourrait donc être vue à la lumière de l'arrêt *X. et T. A. van Dijk* comme impliquant la reconnaissance par la Cour européenne d'une marge d'appréciation dans le renvoi préjudiciel.

La reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de son office de juge du droit de l'Union par le juge national ne serait pas pour autant incompatible avec la constatation d'une violation de l'article 6§1 CEDH²⁴². Ainsi, s'agissant de la QPC, la Cour confirme bien que si les particuliers ne tiennent pas de l'existence d'une procédure préjudicielle un droit d'accès au tribunal, « le refus d'un juge interne de poser une question préjudicielle [peut] affecter l'équité de la procédure ». Elle reprend en effet exactement la définition posée dans la jurisprudence

²³⁸ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, pt. 147 (la Cour fondait son appréciation sur trois points : « d'abord, la réponse à la question d'interprétation posée à la CJCE n'allait pas de soi [...] ; ensuite, ce point était capital pour l'affaire [...] ; enfin, il n'existait aucun arrêt antérieur de la CJCE à ce sujet »).

²³⁹ Arrêt *Bosphorus c. Irlande* préc., pt. 98.

²⁴⁰ Voir, par exemple, arrêt *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique* préc., pt. 61.

²⁴¹ Voir en faveur de cette analogie, D. SZYMZACK, *op. cit.*, p. 271

²⁴² L'avis 2/13 pourrait favoriser un plus haut niveau d'exigence de la part de la Cour européenne, qui montrerait ainsi qu'elle n'a pas l'intention de contester le monopole de la Cour de justice. Elle se présenterait ainsi en allié objectif de la juridiction suprême de l'ordre juridique de l'Union dans la supervision de l'office que le juge national exerce au sein d'un système décentralisé. Voilà une perspective qui serait de nature à rétablir le concert des juridictions suprêmes et d'éviter, après l'avis 2/13 et l'affaire *Peter Gauweiler*, que les années 2014 et 2015 soient celles du chant du cygne d'un « dialogue » juridictionnel « contrapontique » (M. P. MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », in N. WALKER, *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003, p. 501-537).

*Ullens de Schooten et Rezabek*²⁴³ : le refus arbitraire sera constitué « lorsqu'il y a refus alors que les normes applicables ne prévoient pas d'exception au principe de renvoi préjudiciel ou d'aménagement de celui-ci, lorsque le refus se fonde sur d'autres raisons que celles qui sont prévues par ces normes, et lorsqu'il n'est pas dûment motivé au regard de celles-ci »²⁴⁴. Il semble dès lors que le standard de contrôle utilisé par la Cour européenne est indépendant de l'existence d'un pouvoir d'appréciation conféré par le droit applicable. Transposée au cas des questions préjudicielles en droit de l'Union, cette définition impose donc, même si le droit d'accès n'est pas absolu²⁴⁵, que les juridictions internes fassent la démonstration au nom du droit à un procès équitable qu'elles ont procédé à l'examen circonstancié, d'une part, de l'existence ou non d'une obligation de renvoi, et d'autre part, du respect des conditions dans lesquelles elles peuvent y déroger²⁴⁶.

Indépendant du pouvoir d'appréciation, le contrôle ainsi défini par la Cour européenne ne conduit pas celle-ci à sanctionner au titre de l'article 6§1 une application erronée des critères de renvoi²⁴⁷. En définitive, la jurisprudence européenne met donc en place un contrôle limité aux aspects formels²⁴⁸, à la motivation, des décisions prises sur le fond par les juridictions nationales²⁴⁹ (tandis qu'elle exclut tout examen des décisions d'irrecevabilité formelle des demandes de question préjudicielle²⁵⁰).

Il faut cependant noter que cette présentation du contrôle opéré sur les procédures préjudicielles connaît d'ores et déjà une exception : même si ce fut à titre incident, la Cour européenne prit position dans un arrêt *Michaud c. France* sur les conditions dans lesquelles le Conseil d'État avait rejeté une demande de renvoi préjudiciel en appréciation de validité²⁵¹. Elle a plus précisément écarté l'interprétation effectuée par ce dernier de la jurisprudence de l'Union, pour considérer que le grief tiré d'une violation de l'article 8 de la Convention par une directive européenne constituait une question qui n'avait jamais fait l'objet d'une décision de la Cour de justice. Si cette appréciation n'est pas exercée dans la perspective d'une violation du droit au juge, il n'en demeure pas moins qu'elle démontre, d'une part, que la démarche de subsidiarité en vertu de laquelle il appartiendrait uniquement au juge national d'interpréter les règles de droit international pertinentes pour la résolution du litige peut être écartée, et, d'autre part, que la décision du juge *a quo* de ne pas exercer un renvoi préjudiciel pourrait, à terme, être examinée au fond et non pas seulement sous l'angle de la motivation. Dans l'arrêt *Dhabi c. Italie*, elle réitère pourtant le principe selon lequel « il ne lui appartient pas de connaître d'éventuelles erreurs qu'auraient

²⁴³ Arrêt *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique* préc., pt. 59.

²⁴⁴ Décision *Renard c. France* préc., pt. 22.

²⁴⁵ Que ce soit dans le cadre du renvoi à la Cour de justice (CEDH, 23 mars 1999, *Desmots c. France*, req. n° 41358/98) ou à une juridiction constitutionnelle (CEDH, 22 juin 2000, *Coëme c. Belgique*, req. n° 32492/96, pt. 114 ; décision *Renard c. France* préc., pt. 21).

²⁴⁶ CEDH, 10 avril 2012, *Vergauwen c. Belgique*, req. n° 4832/04, pt. 99 : « les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne qui refusent de saisir la CJUE à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'UE soulevée devant elles, sont tenues de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice. Il leur faut donc indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, que la disposition de droit de l'UE en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la CJUE ou que l'application correcte du droit de l'UE s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ».

²⁴⁷ Il en va de même dans le cadre du renvoi au juge constitutionnel (voir en ce sens, F. SUDRE, *op. cit.*, p. 2107).

²⁴⁸ Arrêt *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique* préc., pt. 66. On sait cependant que dans la pratique des voies de recours la frontière entre le défaut, la contradiction, ou l'insuffisance de motifs et le défaut de base légale est parfois bien mince. Dans cette perspective, il serait concevable qu'une erreur manifeste et grave dans l'appréciation des conditions d'application de la théorie de l'acte clair puisse constituer une décision arbitraire aux yeux de la Cour européenne. Voir en ce sens les observations de David SZYMCAK, relatives aux modalités d'examen de la recevabilité d'une QPC par le Conseil d'État (*op. cit.*, p. 270-271).

²⁴⁹ CEDH, 4 septembre 2012, *José Luis Ferreira Santos Pardal c. Portugal*, req. n° 30123/10 ; et CEDH, 26 novembre 2013, *Krikorian c. France*, req. n° 6459/07.

²⁵⁰ Voir CEDH, 16 septembre 1996, *Süssmann c. Allemagne*, req. n° 20042/92, pt. 45 et 46.

²⁵¹ Arrêt *Michaud c. France* préc., pt. 105-116.

commises les juridictions internes dans l'interprétation ou l'application du droit pertinent »²⁵² avant de constater le caractère arbitraire du refus de renvoi.

Si David Szymzack considère que « la Cour de Strasbourg est devenue ces dernières années la principale garante du bon usage du renvoi préjudiciel par les juridictions internes »²⁵³, il semble donc pourtant qu'en l'état du droit seule la conjugaison des mécanismes instaurés par le droit de l'Union et par celui de la Convention permet d'envisager l'existence d'un contrôle *ex post* complet, opéré aussi bien sur le fond que sur la forme des décisions de refus de renvoi préjudiciel. Dans cette perspective, et à défaut d'assumer elle-même le contrôle au fond de l'obligation de renvoi, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait participer du renforcement de la responsabilité du juge national dans son office de juge de droit commun de l'Union en lui imposant un strict respect du principe d'impartialité lors de l'examen des actions indemnitaires²⁵⁴. Mieux encore, il conviendrait qu'elle fasse également un usage systématique de la solution posée dans l'affaire *Michaud c. France*²⁵⁵ : au regard de l'importance des fonctions attribuées aux juridictions suprêmes dans la garantie des prérogatives que les individus tirent du droit de l'Union²⁵⁶, il paraît indispensable, lorsqu'elles font un usage indu de leur pouvoir d'appréciation susceptible de se répercuter sur l'interprétation du droit de l'Union et de réintroduire une marge de discrétion en violation des droits fondamentaux, que soit renversée la présomption d'équivalence reconnue depuis la jurisprudence *Bosphorus* au profit des États membres dans l'exécution de leurs obligations de droit de l'Union.

²⁵² Arrêt *Dhabi c. Italie*, pt. 31.

²⁵³ D. SZYMZACK, *op. cit.*, p. 272.

²⁵⁴ Sur les difficultés que fait naître la jurisprudence *Köbler*, voir P. J. WATTEL, *op. cit.*, p. 180.

²⁵⁵ Arrêt *Michaud c. France* préc., pt. 115.

²⁵⁶ En ce sens, voir J. PERTEK, *op. cit.*, p. 52.